

Sygn. akt VIII GC 41/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2015 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Anna Galara

po rozpoznaniu w dniu 24 września 2015 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa R. N. (1)

przeciwko D. Ł. (1)

o zapłatę

I. utrzymuje w mocy nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 kwietnia 2012 r., wydany w sprawie VIII GNc 98/12, w zakresie obejmującym :

I. - część ustawowych odsetek za opóźnienie liczonych od dnia 28 lutego 2011 r. do dnia zapłaty, które po skapitalizowaniu wynoszą 621,40 zł (sześćset dwadzieścia jeden złotych czterdzieści groszy),

- kwotę 46.407,90 zł (czterdzieści sześć tysięcy czterysta siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 30 czerwca 2011 r. ;

II. uchyła nakaz zapłaty i oddała powództwo w pozostałym zakresie;

III. uchyła postanowienie w przedmiocie kosztów procesu zawarte w nakazie zapłaty;

IV. pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania, przy założeniu, że powód wygrał sprawę w 22,4 %.

Sygn. akt VIII GC 41/13

UZASADNIENIE

W pozwie złożonym w dniu 16 marca 2012 r. powód R. N. (1) wniósł o zasądzenie od pozwanego D. Ł. (1) kwoty 207.376,65 zł z odsetkami ustawowymi od kwoty 54.000,57 zł od dnia 28 lutego 2011 r. oraz od kwoty 153.376,08 zł od dnia 14 czerwca 2011 r.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że wykonał na rzecz pozwanego prace w ramach pisemnej umowy z dnia 21 września 2010 r. nr (...) (...), której przedmiotem było wykonanie ścieżki rowerowej od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (...) do miejscowości B.. Pozwany regulował w toku wykonywania prac faktury częściowe, nie zapłacił jednak całości należności za fakturę o numerze (...), z której do zapłaty pozostała kwota 54.000,57 zł, nie zapłacił również należności za fakturę końcową o numerze (...), wystawionej na kwotę 153.376,08 zł. Do pozwu powód załączył umowę oraz podpisane przez pozwanego i jego pełnomocnika faktury VAT.

W dniu 25 kwietnia 2012 r. wydany został nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym.

Pozwany D. Ł. (1) w zarzutach od nakazu zapłaty wniósł o uchylenie nakazu zapłaty w całości i oddalenie powództwa.

Pozwany przyznał, że zawarł z powodem umowę wskazaną w pozwie, potwierdził również, że płacił wynagrodzenie za faktury częściowe w toku wykonywania robót. Wskazał jednak, że objęte żądaniem pozwu faktury VAT zostały wystawione w oparciu o protokoły odbioru, w których powód ujął w przeważającej części roboty nieobjęte umową. Pierwszy z protokołów odbioru został podpisany przez pełnomocnika pozwanego T. W., co było powodem rozwiązania umowy o pracę między pozwanym i jego pełnomocnikiem. Drugi z protokołów załączonych do pozwu został przez pozwanego zakwestionowany pod kątem autentyczności tego dokumentu - pozwany podniósł, że do pozwu załączono podpisany przez T. W. protokół o innej treści niż ten, który powód wcześniej doręczył pozwanemu (dokument ten, w postaci rzeczywistego protokołu, pozwany załączył do zarzutów). Z tej przyczyny pozwany złożył zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez T. W. i powoda. Dalej pozwany wskazał, że jedna z opłaconych wcześniej przez pozwanego faktur częściowych wystawionych za prace brukarskie - faktura nr (...) - opiewała na zawyżoną kwotę, ponieważ objęła prace, których powód nie miał możliwości wykonać w okresie od objęcia terenu budowy do wystawienia faktury. W oparciu o powyższe pozwany wywodził, że brak było podstaw do objęcia fakturą końcową wynagrodzenia za jakiegokolwiek prace brukarskie, a więc prace przy układaniu nawierzchni z kostki brukowej.

W toku procesu - w czasie informacyjnej przesłuchania - pozwany przyznał, że faktura nr (...), wystawiona w oparciu o protokół odbioru, jest w części uzasadniona. Dotyczy to tej pozycji protokołu, która odnosi się do ułożenia ścieżki rowerowej z kamienia polnego na wjazdach do lasu, pozwany zakwestionował jednak przyjętą w protokole powierzchnię ułożoną z kamienia oraz przyjętą stawkę wynagrodzenia za 1m². Na rozprawie z 24 lipca 2014 r. pozwany przyznał, że po odtworzeniu w swojej pamięci rozmów z powodem ostatecznie zgadza się z zastosowaną przez powoda stawką wynagrodzenia za 1m² powierzchni ułożonej z kamienia polnego, przyznał również, że na tym polu nie jest jeszcze z powodem całkowicie rozliczony. Co do pozostałych pozycji z obu spornych protokołów pozwany konsekwentnie wnosil o oddalenie powództwa.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

R. N. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlane (...).

D. Ł. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe (...).

fakty niesporne

W dniu 23 lipca 2010 roku w trybie zamówień publicznych zawarta została umowa nr (...) przez zamawiającą Gminę P. z wykonawcą Przedsiębiorstwem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

W ramach umowy wykonawca zobowiązał się do realizacji zamówienia pod nazwą (...) P. - T.". Przedmiot umowy miał być wykonywany na podstawie dokumentacji technicznej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Postanowiono, że wykonawca wykona przedmiot umowy z własnych materiałów i za pomocą własnych urządzeń.

dowód: umowa z dnia 23 lipca 2010 roku nr (...)/342/6/10 - karta 73-81

Projekt budowlany/wykonawczy został opracowany przez " (...)".

W projekcie wskazano szczegółowe rozwiązania sytuacyjne. Wskazano, że projektowany zakres robót obejmuje: zdjęcie humusu, korpus ziemny ścieżki, konstrukcję nawierzchni ścieżki rowerowej, profilowanie i uzupełnienie poboczy drogi, pobocza ścieżki umocnione kruszywem łamanym lub płytami ażurowymi, wymianę konstrukcji istniejących zjazdów, plantowanie i humusowanie skarp, uzupełnienie oznakowania pionowego i poziomego.

Wskazana w projekcie ilość podstawowych elementów trasy wynosi :

- nawierzchnia z kostki betonowej brukowej - (...), m2
- nawierzchnia zjazdów z kostki betonowej brukowej - 322 m2.

dowód: projekt budowlany/wykonawczy - karta 91-116

Funkcję inspektora nadzoru na budowie objął A. W., zatrudniony przez gminę P..

dowód: zeznania świadka A. W. - karta 373 verte - 374, 378

Prezesem zarządu Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. był M. W. (1).

W Przedsiębiorstwie (...) na stanowisku doradcy technicznego zatrudniona była T. W.. Do jej zadań należało nadzorowanie budowy ścieżki rowerowej w ramach umowy łączącej spółkę (...) z Gminą P.. Czynności te T. W. wykonywała od początku do końca budowy, ponadto reprezentowała spółkę (...) wobec inwestora, uczestniczyła w naradach budowlanych.

Na stanowisku kierownika budowy spółka (...) zatrudniała do dnia 19 sierpnia 2010 r. K. W., następnie funkcję tę - z dniem 19 sierpnia 2010 r. - objął H. H..

dowód: zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte , 378

zeznania świadka H. H. – karta 374 -374 verte, 37

zeznania świadka M. W. (1) - karta 376 verte -377, 378

dziennik budowy nr (...) tom 1 - karta 229-262

Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zawarła z G. P., prowadzącym Przedsiębiorstwo (...), umowę z dnia 5 sierpnia 2010 roku o numerze (...). Przedmiot umowy określono jako : "(...) z drogą wojewódzką nr (...) do miejscowości B. wraz z wybranymi elementami odcinka T.-P.".

Wynagrodzenie za przedmiot umowy ustalono w formie ryczałtu w wysokości 36 zł/m2 netto.

Wynagrodzenie to obejmowało: prace ziemne - zerwanie humusu czyli trawy z glebą, rozplantowanie piasku, korytowanie, utwardzenie, wykonanie nawierzchni z kostki.

dowód: umowa z dnia 5 sierpnia 2010 roku nr (...) - karta 82-84

zeznania świadka G. P. - karta 401 verte -402, 406

Dla zadania "Budowa ścieżki rowerowej między miejscowościami P.- T." prowadzony był dziennik budowy numer nr (...).

Pierwszy wpis pochodzi z 10 sierpnia 2011 r. - kierownik budowy odnotował, że rozpoczęto realizację robót od miejscowości T..

W dniu 20 sierpnia 2011 r. kierownik budowy odnotował, że w dalszym ciągu wykonywane jest korytowanie pod ścieżkę rowerową. Kolejne wpisy z sierpnia 2010 r. potwierdzają prace przy korytowaniu i wykonywaniu pomiarów geodezyjnych.

Prace przy korytowaniu wykonywane były przez przedsiębiorstwo (...). W obrębie skrzyżowania w miejscowości T. wykonał on ciężkim sprzętem (koparką) prace polegające na korytowaniu, w ramach których zebrał humus, czyli trawę z glebą, po czym materiał ten odkładany był na pobocze. Ponadto G. P. na tym odcinku częściowo rozplantował piasek.

Żadnych innych prac w miejscowości T. G. P. nie wykonał.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom 1 - karta 229-262

zeznania świadka G. P. - karta 401 verte -402, 406 oraz karta 498 verte, 501

zeznania świadka M. W. (1) - karta 376 verte -377, 378

zeznania świadka A. D. - karta 498 verte - 499, 501

zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378 oraz karta 498

verte, 501

Przedsiębiorstwo (...) zawarło umowę zlecenia z R. W., w ramach której R. W. miał sprawować nadzór nad wykonywaniem prac koparką, dowozem piasku, zagęszczaniem.

Na temat działających na budowie wykonawców i podwykonawców R. W. miał wiedzę jedynie w przedmiocie tego, że koparka wykonująca korytowanie była wynajęta od S. W., natomiast piasek przywożony był przez Z. K..

dowód: zeznania świadka R. W. - karta 374 verte -375 verte, 378

G. P. po wykonaniu części prac ziemnych w obrębie skrzyżowania w miejscowości T. odmówił dalszego wykonywania robót zleconych przez Przedsiębiorstwo (...), uzasadniając to brakiem płatności ze strony tego przedsiębiorstwa.

Zarząd spółki G. powiadomił o tym fakcie wspólników, m.in. D. Ł. (1).

(...) spółki (...) prowadzi przedsiębiorstwo pod nazwą I. jako osoba fizyczna zarejestrowana w ewidencji działalności gospodarczej.

W sytuacji jaka powstała D. Ł. (1) zobowiązał się, że w ramach własnego przedsiębiorstwa wystąpi jako podwykonawca spółki (...), m.in. w zakresie tych prac w obrębie miejscowości T., które miał wykonać G. P..

D. Ł. (1) zakładał, że prace te wykona w całości zatrudniony przez niego podwykonawca z materiałów dostarczonych przez D. Ł. (1).

dowód: zeznania świadka M. W. (1) - karta 376 verte -377, 378

zeznania świadka G. P. - karta 401 verte -402, 406

karta 498 verte, 501

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

Pracownikiem D. Ł. (1), jako przedsiębiorcy działającego pod firmą (...), była T. W., na mocy umowy o pracę z dnia 15 listopada 2007 r. T. W. zatrudniona została na stanowisku doradca techniczny, w wymiarze 1/2 etatu, później 1/4 etatu, a następnie 1/8 etatu.

D. Ł. (1) udzielił T. W. pisemnego pełnomocnictwa w dniu 1 lutego 2010 roku. Zgodnie z jego treścią T. W. upoważniona została do podejmowania wszystkich czynności prawnych we wszystkich sprawach związanych z działalnością Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...) w S., do składania wszelkich oświadczeń przed urzędami i instytucjami, które w związku z udzieleniem niniejszego pełnomocnictwa okażą się niezbędne, jak również do podejmowania i prowadzenia niezbędnych negocjacji w imieniu mocodawcy z przedsiębiorstwami i osobami fizycznymi w zakresie działalności gospodarczej. Pełnomocnictwo miało charakter stały.

dowód: pełnomocnictwo z dnia 1 lutego 2010 roku - karta 13

świadcstwo pracy z dnia 2 marca 2011 roku - karta 194

Na polecenie D. Ł. (1) T. W. znalazła podwykonawcę, który podjął się wykonania prac zleconych D. Ł. (1) jako przedsiębiorcy działającemu pod firmą (...) przez Przedsiębiorstwo (...). Podwykonawcą tym został R. N. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlane (...).

dowód: przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

W dniu 20 września 2010 roku zawarta została umowa nr (...) między Przedsiębiorstwem (...), w ramach której wykonawca zobowiązał się do wykonania zadania pod nazwą (...) T.-P. w kierunku B.".

Wynagrodzenie za przedmiot umowy ustalono w formie ryczałtu w wysokości 36,50 zł/m² z materiału powierzonego przez zamawiającego, do wynagrodzenia miał być doliczony podatek VAT.

dowód: umowa z dnia 20 września 2010 roku nr (...) - karta 85-86

W dniu 21 września 2010 roku R. N. (1) i D. Ł. (1) zawarli umowę nr (...), której przedmiotem była (...) P.-T. wraz z odcinkiem od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (...) do miejscowości B.".

W § 1 ust. 1.1 zapisano, że przedmiot umowy będzie wykonany na podstawie dokumentacji technicznej oraz specyfikacji technicznych wykonywania i odbioru robót.

W § 1 ust. 1.1 zapisano, że wykonawca wykona przedmiotu umowy za pomocą własnych urządzeń (wykreślono zapis: "z własnych materiałów").

W § 1 ust. 1.4 strony postanowiły, iż termin rozpoczęcia prac to 21 września 2010 r. W umowie nie oznaczono końcowego terminu zakończenia zleconych prac.

Wynagrodzenie zgodnie z § 2 ust.1 umowy ustalono w formie ryczałtu, w kwocie 35,00 zł netto za 1m². Zgodnie z zapisem § 2 ust. 2 wynagrodzenie przyjęte przez strony było ostateczne i nie polegało zmianie w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

W § 2 ust. 2.4 zapisano, że zapłata wynagrodzenia za wykonany przedmiot odbędzie się na podstawie faktur VAT wystawionych przez wykonawcę wraz z odpowiednimi protokołami odbioru robót, w następujący sposób:

- płatności częściowe - w odstępach miesięcznych łącznie do wysokości 90 % wynagrodzenia umownego,
- ostatnia część płatności - po całkowitym zakończeniu i odbiorze robót.

Dalej postanowiono, że wysokość pierwszej i kolejnych części płatności zostanie ustalona przez wykonawcę na podstawie wykazu robót wykonanych częściowo oraz protokołu częściowego odbioru robót. Ostatnia część płatności będzie dokonana po całkowitym zakończeniu robót i odbiorze końcowym. Zapłata faktur będzie dokonywana przelewem na konto wykonawcy, w ciągu 30 dni od daty przedłożenia faktury zamawiającemu.

W § 8 strony uregulowały kwestie związane ze zmianą postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Postanowiono, że zmiana taka będzie możliwa tylko na warunkach i w zakresie przewidzianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będzie wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Dalej przewidziano, że zmiana umowy może ponadto nastąpić w sytuacji gdy:

- wystąpi konieczność wykonania zamówienia dodatkowego w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego realizacja będzie miała wpływ na harmonogram i termin wykonania przedmiotu umowy,
- wystąpi konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, której wykonanie będzie miało wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy,
- wystąpi konieczność zmiany kadry przewidzianej do realizacji umowy.

Umowę w imieniu D. Ł. (1) podpisała T. W. jako jego pełnomocnik.

R. N. (1) podpisał umowę osobiście.

dowód: umowa z dnia 21 września 2010 roku nr (...)(...) - karta 9-12

dokumentacja projektowa na odcinku P.-T. - karta 91-116

R. N. (1) przystąpił do prac na odcinku w obrębie skrzyżowania w miejscowości T., gdzie prace przy korytowaniu rozpoczął wcześniej G. P.. Ścieżka rowerowa była układana przez R. N. (1) z czerwonej kostki prefabrykowanej (polbruk).

dowód: zeznania świadka R. T. - karta 368-368 verte, 378

zeznania świadka M. M. - karta 505-506, 507

zeznania świadka T. W. - karta 498 verte, 501

zeznania świadka G. P. - karta 498 verte, 501

Wpisem do dziennika budowy z dnia 29 września 2010 r. H. H. poinformował, że zakończono układanie nawierzchni kostki betonowej na długości około 600 metrów bieżących.

W dniu 29 września 2010 r. Gmina P. dokonała protokolarnego, częściowego odbioru prac wykonywanych przez Przedsiębiorstwo (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S., w czasie od 22 lipca 2010 r. do 30 października 2010 r. w ramach inwestycji (...) P.-T.”.

Czterooosobowa komisja odebrała bez uwag 1891 m² nawierzchni ścieżki rowerowej.

W czynności tej Przedsiębiorstwo (...) reprezentowała T. W..

Do protokołu załączono (...) sporządzone przez geodetę W. K., zgodnie z którym wykonane zostało:

1. na odcinku od skrzyżowania z drogą nr (...) do miejscowości B.:

818 m² powierzchni ułożonej kostki, wskazano że długość obrzeża z ułożoną kostką wynosi 788 mb, długość obrzeża bez kostki 811 mb, długość krawężników 67 mb

2. na odcinku P. -T.:

1073 m² na powierzchni ułożonej kostki, wskazano że długość obrzeża z ułożoną kostką wynosi 944 mb, długość obrzeża bez kostki 173 mb.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom 1 - karta 229-262

protokół obioru prac z 29 września 2010 roku - karta 164

(...) - karta 165

W czasie wykonywania umowy R. N. (1) i D. Ł. (1) uzgodnili ustnie, iż R. N. (1) będzie kupował i dostarczał część piasku zasypowego niezbędnego dla potrzeb inwestycji. D. Ł. (1) miał płacić za dostarczony piasek po wystawieniu przez R. N. (1) na rzecz D. Ł. (1) faktur VAT.

Pozostałe materiały, w tym resztę piasku, dostarczał D. Ł. (1) w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa (...).

D. Ł. (1) miał umowę o dowóz piasku oraz wywóz ziemi humusowej z terenu budowy ze Z. K.. Miał również umowy z innymi przedsiębiorcami - działającymi pod firmami : P., E., A., J. - o wykonywanie usług polegających przede wszystkim na transporcie materiałów na budowę.

dowód: zeznania świadka R. W. - karta 374 verte - 375 verte, 378

przesłuchanie powoda - karta 402 verte 403 verte, 406

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

Nawierzchnia ścieżki rowerowej wykonywana była przez R. N. (1) z czerwonej kostki prefabrykowanej (polbruk) z wyjątkiem zjazdów, na zjazdach powierzchnia wykonywana była z kostki kamiennej.

dowód: opinia biegłego geodety K. B. - karta 445-457 a

W trakcie realizowania umowy R. N. (1) i D. Ł. (1) rozmawiali na temat tego, że stawka za ułożenie 1 m² ścieżki rowerowej z kostki kamiennej powinna być wyższa niż określona w umowie stawka wynosząca 35,00 zł netto za 1 m². D. Ł. (1) proponował 50 zł netto za 1 m², R. N. (1) - 70 zł netto za 1 m². Ostatecznie D. Ł. (1) zaakceptował stawkę 70 zł netto za 1 m².

dowód: przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

W trakcie realizacji umowy łączącej D. Ł. (1) i R. N. (1) wykonawca wystawiał częściowe faktury VAT stanowiące podstawę rozliczenia za wykonane prace. Faktury wystawiane były w oparciu o protokoły odbioru wykonanych robót. W czynnościach odbiorowych D. Ł. (1) reprezentowała zatrudniona przez niego T. W..

fakty niesporne

W dniu 12 października 2010 r. sporządzony został protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) okresie od 22 września 2010 r. do 12 października 2010 r., w którym jako "rodzaj robót lub asortymentów" wskazano : ułożenie polbruk na powierzchni 1714,3 m². Przyjęto wartość wykonanych robót - 35 zł netto za 1 m².

Protokół został podpisany przez R. N. (1) i T. W..

W dniu 13 października 2010 roku R. N. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) za usługi brukarskie na łączną kwotę 73.200 zł brutto.

Fakturę podpisała T. W. posługując się pieczętką o treści: (...) sp. z o.o."

W dniu 28 października 2010 r. sporządzony został protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) okresie od 13 października 2010 r. do 28 października 2010 r., w którym jako "rodzaj robót lub asortymentów" wskazano : ułożenie polbruk na powierzchni 1428,6 m². Przyjęto wartość wykonanych robót - 35 zł netto za 1 m².

Protokół podpisała T. W..

W dniu 29 października 2010 roku R. N. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 61.000 zł brutto za usługi brukarskie. Dokument podpisał wystawca oraz T. W..

Faktura VAT została zapłacona w całości, przelewem na rachunek bankowy wykonawcy, w dniu 3 grudnia 2010 roku.

W dniu 28 października 2010 r. sporządzony został kolejny protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) okresie od 21 września 2010 r. do 28 października 2010 r., w którym jako "rodzaj robót lub asortymentów" wskazano : piasek zasypowy.

Protokół został podpisany przez R. N. (2) i T. W..

Zgodnie z protokołem R. N. (1) wystawił na rzecz D. Ł. (1) fakturę VAT nr (...) na kwotę 42.486,53 zł brutto, za piasek zasypowy w ilości (...) po 12.29 zł. Fakturę podpisała T. W.

D. Ł. (1) dokonał zapłaty należności za faktury nr 54/2010 i 56/2010 przelewami na łączną kwotę 125.033 zł.

dowód: faktura VAT nr (...) wraz z dowodami wpłaty - 124, 126-129

protokół odbioru wykonywanych robót - karta nr 125

faktura VAT nr (...) wraz z dowodami wpłaty - karta 130, 132-134

protokół odbioru wykonywanych robót - karta nr 131

faktura VAT nr (...) - karta 135

protokół odbioru wykonanych robót - karta 136

dowód wpłaty z dnia 3 grudnia 2010 roku - karta 137

W dniu 21 listopada 2010 r. sporządzony został protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) okresie od 29 października 2010 r. do 21 listopada 2010 r., w którym jako "rodzaj robót lub asortymentów" wskazano : ułożenie polbruku na powierzchni 1428,6 m2. Przyjęto wartość wykonanych robót - 35 zł netto za 1 m2.

W tym samym dniu sporządzony został kolejny protokół, w którym jako rodzaj robót lub asortymentów wskazano piasek zasypowy - 1,666 T.

Oba protokoły podpisała T. W..

W dniu 22 listopada 2010 roku R. N. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 85.979,67 zł brutto za: usługi brukarskie (kwota 61.000 zł brutto) oraz piasek zasypowy (24.979,67 zł brutto).

Dokument został podpisany przez R. N. (1) oraz T. W..

Faktura VAT została zapłacona dwoma przelewami.

dowód: faktura VAT nr (...) - karta 138

protokół odbioru wykonanych robót - karta 139-140

dowody wpłaty - karta 141-142

W dniu 1 grudnia 2010 r. sporządzony został protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) okresie od 30 października 2010 r. do 1 grudnia 2010 r., w którym jako "rodzaj robót lub asortymentów" wskazano : ułożenie polbruku na powierzchni 1665,6 m2. Przyjęto wartość wykonanych robót - 35 zł netto za 1 m2.

Protokół podpisała T. W..

W dniu 2 grudnia 2010 r. R. N. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 71.119,90 zł brutto za usługi brukarskie.

Dokument został podpisany przez R. N. (1) oraz T. W..

dowód: faktura VAT nr (...) - karta 143

protokół odbioru wykonanych robót - karta 144

W dniu 10 grudnia 2010 r. geodeta W. K. wykonał pomiary oraz podpisał dokument zatytułowany: "Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) - ścieżka rowerowa na odcinku pomiędzy m P. i m. T. - Zestawienie wykonanych prac".

W zestawieniu wskazane zostało, że wykonana nawierzchnia z kostki wynosi 6283 m², projekt przewidywał wykonanie 7113 m², wykonano 88 %.

dowód: zeznania świadka W. K. - karta 375 verte-376 verte, 378

"Zestawienie wykonanych prac" - karta 178

W czasie wykonywania robót R. N. (1) na bieżąco kontaktował się z T. W., która stale przebywała na budowie, gdzie reprezentowała zarówno D. Ł. (1), jak i spółkę (...).

T. W. nadzorowała cały przebieg inwestycji, czuła się odpowiedzialna wobec inwestora za dochowanie terminowości robót oraz wykonanie wszystkich prac w taki sposób, aby możliwy był odbiór robót przez inwestora. T. W. uczestniczyła w spotkaniach roboczych w urzędzie miejskim w P., na tych spotkaniach dowiadywała się jakich czynności i jakich prac oczekuje inwestor.

Aby doprowadzić budowę ścieżki rowerowej do końca oraz dochować terminów umownych T. W. zlecała R. N. (1) prace dodatkowe, które nie były objęte umową z D. Ł. (1). Zleceniami dodatkowymi objęte były te czynności, które nie były przedmiotem pisemnej umowy łączącej R. N. (1) i D. Ł. (1), a bez których prace przy ścieżce rowerowej nie mogłyby być kontynuowane. Wynagrodzenie za wykonanie tych dodatkowych prac T. W. negocjowała ustnie z R. N. (1), jednakże z uwagi na to, że R. N. (1) proponował wynagrodzenie w stawkach niewygórowanych, w większości przypadków T. W. godziła się na jego propozycje.

W dniu 27 stycznia 2011 r. R. N. (1) przedstawił T. W. do akceptacji kolejny protokół odbioru wykonanych robót, obejmujący prace wykonane w okresie od 2 grudnia 2010 r. do 27 stycznia 2011 r.

W protokole tym R. N. (1) ujął między innymi prace dodatkowe, które zlecała mu T. W., takie jak transport materiałów. Dodatkowo umieścił w protokole niektóre czynności, które miał wykonać w ramach umownie określonego ryczałtu w wysokości 35 zł za 1 m² (jak np. cięcie i kucie asfaltu oraz korytowanie przy wjazdach do lasu). Ponadto w protokole zamieścił pozycję dotyczącą ułożenia ścieżki rowerowej na wjazdach, stosując uzgodnioną wcześniej ustnie z D. Ł. (1) stawkę 70 zł za 1 m². Zamieścił także pozycję oznaczoną jako "Urząd Morski".

T. W. zaakceptowała w całości protokół odbioru przedstawiony przez R. N. (1).

dowód : zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378 oraz 498 verte, 501

przesłuchanie powoda - karta 402 verte 403 verte, 406

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

Sporządzony w dniu 27 stycznia 2011 r. i zaakceptowany przez T. W. protokół odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę R. N. (1) w okresie od 2 grudnia 2010 r. do 27 stycznia 2011 r. wskazywał następujący zakres prac:

września, 20 września, 22 września, 14 listopada, 8 grudnia, 10 stycznia, 6 marca, 20 marca, 6 kwietnia, 11 kwietnia, 31 maja, 15 czerwca, 16 lipca.

Łącznie (wraz z wpłatą z 5 maja 2011 r., obejmującą kwotę 8.880,10 zł) D. Ł. (1) na poczet należności z faktury nr (...) zapłacił 45.438,68 zł.

dowód: dokumenty elektroniczne "Przelew z rachunku" - karta 147-160

T. W. mimo ustania stosunku pracy z D. Ł. (1) w dalszym ciągu reprezentowała D. Ł. (2) w ramach współpracy z R. N. (1), w szczególności wydawała mu polecenia w zakresie wykonania dodatkowych, nieobjętych pierwotną umową prac.

Pismna umowa łącząca R. N. (1) i D. Ł. (1) nie obejmowała ułożenia skarpy z ażurów, którą trzeba było wykonać na terenie miejscowości T., w przeciwnym wypadku nieutwardzona skarpa, znajdująca się po bokach ścieżki rowerowej, mogłaby obsunąć się na powierzchnię ścieżki. T. W. ustnie zleciła R. N. (1) prace dodatkowe przy wykonaniu skarpy ustalając z nim wynagrodzenie w wysokości 60 zł za m².

Zleciła też inne roboty dodatkowe, takie jak regulacja skarpy biegnącej wzdłuż całej ścieżki rowerowej, wykonanie trawnika, ułożenie tłucznia na obrzeżach ścieżki rowerowej.

Związane to było z tym, że na tym etapie robót nie było już na placu budowy innych podwykonawców, jedynym czynnym pracującym podwykonawcą był R. N. (1). Aby dokończyć zadanie i dotrzymać terminów wiążących spółkę (...) wobec inwestora T. W. zlecała wszelkie dodatkowe prace, konieczne do zakończenia robót, R. N. (1).

dowód : zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378 oraz 498 verte, 501

W dniu 20 maja 2011 r. kierownik budowy H. H. wpisem do dziennika budowy w imieniu spółki (...) zgłosił gotowość odbioru robót.

W tej samej dacie inspektor nadzoru A. W. wpisem do dziennika budowy stwierdził usterki: brak oznakowania, niewykończone pobocza, potrzeba oczyszczenia ścieżki, nie zamieciono chodnika, "ogólny bałagan".

Wpisem z dnia 3 czerwca 2011 r. inspektor nadzoru zaznaczył, że brakuje już tylko wymalowania linii białych na wyjazdach.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom 2 - karta 195-228

W dniu 27 maja 2011 r. R. N. (1) pismem ręcznym sporządził kolejny protokół odbioru wykonanych robót, obejmujący łącznie 16 pozycji. W protokole wskazał, że obejmuje on prace wykonywane w okresie od 30 marca 2011 r. do 27 maja 2011 r., wartość robót określił na kwotę 124.696 zł netto.

W protokole ujęto prace dodatkowe zleczone R. N. (1) przez T. W., a także niezafakturowaną wcześniej część pracy polegającej na ułożeniu polbruku w ilości 1078 m², za wynagrodzeniem 35 zł za 1m².

Protokół ten nie został przez nikogo podpisany.

Protokół datowany na dzień 27 maja 2011 r., napisany pismem ręcznym przez R. N. (1), obejmował następujący zakres prac:

1. krawężniki 577 szt. x 18 zł
2. polbruk 1078 m² x 35 zł
3. skarpa z ażurów 88 m² x 60 zł
4. transporty

5. cięcie asfaltu +kucie
6. przygotowanie skarp pod sianie
7. regulacja skarpy+ wywóz śmieci
8. wywóz śmieci z wjazdów do lasu
9. tłuczeń na wjazdach do lasu
10. rozebranie kostki przy wjazdach
11. obcięcie gałęzi
12. ziemia żyzna na skarpy
13. poprawienie koryta pod tłuczeń
14. wylanie betonu przy krawężników
15. (T.) korytowanie i wywóz ziemi
16. prace ziemne po zerwaniu darni przy lesie oraz wywóz nadmiaru

dowód: protokół odbioru wykonanych robót sporządzony przez powoda - karta 163

zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378

przesłuchanie powoda - karta 402 verte 403 verte, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

W dniu 30 maja 2011 r. R. N. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 153 376,08 zł brutto (124.696 zł netto) za wykonanie prac brukarskich.

W tej samej dacie D. Ł. (1), R. N. (1) oraz T. W. spotkali się na budowie.

R. N. (1) wręczył D. Ł. (1) fakturę VAT nr (...), D. Ł. (1) podpisał fakturę potwierdzając w ten sposób jej odbiór, podpis opatrzył datą "30.05.2011 r." oraz zwrócił podpisaną "kopię" faktury R. N. (1). Wraz z fakturą nie zwrócił jednak R. N. (1) podpisanego protokołu, będącego podstawą wystawienia faktury, zamiast tego poinformował, że protokół powinien być zweryfikowany.

D. Ł. (1) poinformował również, że T. W. nie jest już jego pełnomocnikiem.

dowód: faktura VAT nr (...) - karta 162

protokół odbioru wykonanych robót sporządzony przez powoda - karta 163

zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378

przesłuchanie powoda - karta 402 verte 403 verte, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

W związku z tym, że D. Ł. (1) nie zwrócił R. N. (1) podpisanego protokołu, R. N. (1) poprosił swoją żonę aby na podstawie zachowanego brudnopisu, będącego podstawą sporządzenia protokołu z dnia 27 maja 2011 r., napisała kolejny protokół dotyczący tych samych robót. Wykonany przez małżonkę R. N. (1) protokół obejmuje łącznie 16 pozycji za prace wykonane w okresie od 28 stycznia 2011 r. do 29 maja 2011 r., o łącznej wartości 124.696 zł netto. W protokole nie wskazano daty jego sporządzenia.

Protokół ten R. N. (1) wręczył T. W., która opatrzyła go podpisem oraz datą: 29.05.2011.

T. W. podpisała protokół, ponieważ była przekonana, że R. N. (1) wykonał wszystkie prace w nim wymienione. Podpisując protokół nie weryfikowała poszczególnych jego pozycji, wierzyła bowiem R. N. (1), że wykonał prace w takim zakresie, w jakim są opisane w protokole. W przypadku pozycji dotyczących transportu materiałów T. W. w ogóle nie sprawdzała ilości kursów wykonanych przez R. N. (1), była bowiem przekonana, że on nie oszukiwał, gdyż nie miał takiej potrzeby.

dowód: protokół odbioru wykonanych robót sporządzony przez małżonkę powoda - karta 19

zeznania świadka T. W. - karta 369-373 verte, 378

przesłuchanie powoda - karta 402 verte 403 verte, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406; w tym przesłuchanie informacyjne: karta 330-332

Faktura VAT (...) nie została przez D. Ł. (1) zapłacona w żadnym zakresie.

fakt niesporny

Po wykonaniu wszystkich prac przy budowie ścieżki rowerowej w dniu 16 czerwca 2011 r. zakończono budowę i zamknięto dziennik budowy.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. inwestor Gmina P. dokonała protokolarnego odbioru zadania wykonywanego przez Przedsiębiorstwo (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S..

Po zapoznaniu się z dokumentami, z zakresem i jakością wykonanych robót stwierdzono, iż zostały one wykonane w sposób zgodny z umową i dokumentami.

dowód: dziennik budowy nr (...) - karta 195- 262

protokół odbioru robót z dnia 16 sierpnia 2011 roku - karta 179

W dniu 7 listopada 2011 r. pełnomocnik R. N. (1) wezwał D. Ł. (1) do zapłaty kwoty 223.376,17 zł, w tym kwoty 70.000 zł z faktury nr (...) oraz kwoty 153.376,08 zł z faktury nr (...). W piśmie pełnomocnik wskazał, że faktura nr (...) została częściowo opłacona, wpłynęły wpłaty wysokościach: 8.880,01 zł w dniu 5 maja 2011 r., 7.058,67 zł w dniu 1 września 2011 r., 10.000 zł w dniu 19 września 2011 r.

dowód: wezwanie do zapłaty z potwierdzeniem nadania - karta 20-22

D. Ł. (1) wysłał do R. N. (1) pismo, w którym zwrócił się o weryfikację dwóch ostatnich faktur VAT. W piśmie z dnia 29 listopada 2011 r. - w związku ze zbliżającym się zakończeniem roku obrotowego - wystąpił do R. N. (1) z wezwaniem o rozliczenie wykonanych robót na rzecz PW G. - Gmina P. wskazując jednocześnie, że działał w imieniu

tych podmiotów. W piśmie napisał, że zgodnie z łączącą strony umową R. N. (1) miał wykonać prace na odcinku P.-T. o łącznej powierzchni 7435 m² wraz z wjazdami z kostki granitowej oraz wykonaniem peronu przystankowego powierzchni 80m². Poinformował, że firma PW (...) jest w posiadaniu przedmiaru oraz dokumentacji technicznej zadania, w przypadku niezgodności w rozliczeniu poprosił o wystawienie not korygujących.

dowód: pismo z 29.11.2011 r. - karta 176

przesłuchanie pozwanego - karta 403 verte - 405, 406

Całkowita powierzchnia ścieżki rowerowej, wykonana z kostki przez R. N. (1) w ramach umowy łączącej go z D. Ł. (1), wyliczona przez geodetę przy wykorzystaniu oprogramowania E., wyniosła 0,7359 ha (6912 m²).

Powierzchnia zjazdów z kostki kamiennej wykonana przez R. N. (1) w ramach umowy wyniosła 0,0501 ha (501 m²).

Powierzchnia obszarów wykonanych z płyt ażurowych, które R. N. (1) wykonał jako roboty dodatkowe na zlecenie T. W., wyniosła 0,0094 ha (94 m²).

dowód: opinia biegłego geodety K. B. - karta 445-457 a

zeznania świadka R. T. - karta 368-368 verte, 378

zeznania świadka M. M. - karta 505-506, 507

zeznania świadka T. W. - karta 498 verte, 501

zeznania świadka G. P. - karta 498 verte, 501

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo okazało się uzasadnione jedynie w części.

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 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.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że pozew został złożony w dniu 16 marca 2012 r., co oznacza, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 3 maja 2012 r.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 powołanej ustawy do niniejszego postępowania, jako wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy obowiązujące przed dniem jej wejścia w życie, w tym rozdział 1 w dziale IVa "Postępowanie w sprawach gospodarczych" w tytule VII w księdze pierwszej w części pierwszej (art. 479¹ - 479²⁷ k.p.c.).

Należy mieć na względzie, że art. 479^{1a} k.p.c. stanowił: w sprawach gospodarczych rozpoznawanych według przepisów niniejszego działu, przepisy o innych postępowaniach odrębnych stosuje się w zakresie, w którym nie są one sprzeczne z przepisami tego działu.

W niniejszym procesie zastosowanie w takim zakresie będą miały przepisy art. 484¹ - 497 k.p.c. działu "Postępowanie nakazowe".

Zgodnie z art. 479⁴ § 2 k.p.c. w niniejszym postępowaniu powód w toku postępowania nie mógł występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych.

Ponadto obie strony związane były terminami w zakresie powoływania nie tylko dowodów, ale też twierdzeń, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania : powód na podstawie art. 479¹² § 1 k.p.c., pozwany na podstawie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 479^{14a} k.p.c.

Mając na względzie powyższe na wstępie rozważań podkreślenia wymaga, że podstawę faktyczną w niniejszej sprawie stanowiły twierdzenia przytoczone przez powoda w pozwie. Przedstawianie przez powoda nowych twierdzeń bądź też wystąpienie z nowymi żądaniami, nieobjętymi podstawą faktyczną przytoczoną w pozwie, było w niniejszym postępowaniu z mocy przytoczonych wyżej przepisów niedopuszczalne.

Z twierdzeń pozwu wynika, że powód domaga się w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane na rzecz pozwanego w ramach pisemnej umowy z dnia 21 września 2010 r., nr (...) (...), której przedmiotem było wykonanie ścieżki rowerowej od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (...) do miejscowości B.. Na żadną inną umowę powód w pozwie się nie powołał, nie przedstawił twierdzeń dotyczących jakiegokolwiek innej umowy.

Brak więc było podstaw do rozpoznania zasadności powództwa w oparciu o inne, ewentualnie łączące strony niniejszego procesu stosunki zobowiązaniowe, do których należy zaliczyć umowę o wykonanie przez powoda na rzecz pozwanego prac zleconych pozwanemu przez Urząd Morski w S.. Zawarcie tej umowy nie było objęte podstawą faktyczną żądania przytoczoną przez powoda w pozwie, dopiero w toku procesu wyjaśnione zostało, że część objętego żądaniem pozwu roszczenia jest wynagrodzeniem za prace wykonane przez powoda w ramach zlecenia udzielonego pozwanemu przez Urząd Morski w S.. W tym zakresie powództwo podlegało oddaleniu, powód nie przytoczył bowiem w pozwie, mimo obowiązku z art. 479¹² § 1 k.p.c., okoliczności faktycznych (twierdzeń) uzasadniających roszczenie, którego źródłem byłaby umowa o wykonanie prac na rzecz Urzędu Morskiego w S. jako inwestora. Powołanie tych twierdzeń na późniejszym etapie postępowania, czy też rozszerzenie podstawy faktycznej powództwa o zapłatę wynagrodzenia za prace wykonane w Urzędzie Morskim w S., jest w świetle przytoczonych wyżej przepisów procesowych niedopuszczalne. Co więcej jedyny dowód załączony do pozwu, który dotyczy wynagrodzenia za te prace, stanowi podpisany przez T. W. protokół odbioru, jest to jednak dowód o tyle niewiarygodny, że został wykonany w ramach innego zadania budowlanego oraz podpisany przez T. W. bez szczegółowej weryfikacji jego zapisów (ocena tego dowodu w kontekście zeznań świadka T. W. zostanie przedstawiona niżej).

Tak samo należy ocenić żądanie powoda w części, w jakiej dotyczy ono umów o roboty dodatkowe, zawierane przez powoda ustnie z pełnomocnikiem pozwanego T. W.. W pozwie nie przytoczono żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na zawarcie przez powoda umów o roboty dodatkowe, z twierdzeń pozwu wynika, że powód domaga się wyłącznie wynagrodzenia za roboty podstawowe, wykonane w ramach pisemnej umowy z dnia 21 września 2010 r., nr (...) (...).

Bezpodstawność powództwa w części obejmującej wynagrodzenie za roboty dodatkowe wynika jednak również z innych względów, o których będzie mowa poniżej.

W pozwie powód wskazał, że domaga się od pozwanego zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w ramach umowy zawartej na piśmie, nr (...) (...), w związku z którą wystawiane były faktury częściowe, na bieżąco przez pozwanego opłacane. Żądaniem pozwu objęta jest część należności z przedostatniej faktury częściowej, o numerze (...), oraz całość należności z faktury końcowej, o numerze (...).

Analiza zapisów umowy nr (...) wskazuje na to, że strony umówiły się o wykonanie robót budowlanych za wynagrodzeniem w kwocie 35 zł netto za 1m². Przedmiot umowy określono jako "budowa ścieżki rowerowej wraz z odcinkiem skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (...)", świadczenie to miało być wykonane na podstawie dokumentacji technicznej, za pomocą własnych urządzeń wykonawcy, ale z materiałów dostarczonych przez zamawiającego. Z kolei dokumentacja techniczna, do której odwołuje się umowa, wskazuje szczegółowy zakres robót związanych z

wykonaniem ścieżki rowerowej : zdjęcie humusu, korpus ziemny ścieżki, konstrukcję nawierzchni ścieżki rowerowej, profilowanie i uzupełnienie poboczy drogi, pobocza ścieżki umocnione kruszywem łamanym, wymianę konstrukcji istniejących zjazdów, plantowanie i humusowanie skarp, uzupełnienie oznakowania pionowego i poziomego (por. projekt budowlany/wykonawczy, karta 91-116).

Strony niniejszego procesu zgodne są co do tego, że umowa nie dotyczyła oznakowania pionowego i poziomego, takich prac powód nie wykonał.

Spór między stronami dotyczy w pierwszym rzędzie tego, czy powód w ramach umowy miał za wynagrodzeniem wynoszącym 35 zł za 1 m² wykonać tylko prace polegające na wyłożeniu wcześniej przygotowanej powierzchni czerwonym polbrukiem ewentualnie kostką kamienną (tak twierdzi powód), czy też na wykonaniu wszelkich prac zmierzających do osiągnięcia rezultatu w postaci uzyskania powierzchni ścieżki rowerowej wykończonych krawężnikami, pokrytej czerwonym polbrukiem, a na zjazdach kostką kamienną, a więc także na wykonaniu prac ziemnych związanych ze zdjęciem humusu, korytowaniem, przygotowaniem powierzchni, utwardzeniem itp. (tak twierdzi pozwany).

Stanowisko powoda, jakie ostatecznie wyraził on podczas przesłuchania w charakterze strony, jest takie, że jedynie ułożenie polbrukiu i kamienia było objęte umową, a wszystkie inne pozycje, które powód wyszczególnił w dwóch protokołach odbiorów, będących podstawą wystawienia spornych faktur VAT, stanowią "prace dodatkowe", zlecane powodowi przez T. W. (por. zeznania powoda, karta 409: "te pierwsze faktury, które wystawiałem, są za polbruk, a te dwie ostatnie są za prace dodatkowe i część polbrukiu też w nich jest").

Materiał dowodowy istotnie potwierdza, że wszystkie wcześniejsze faktury (oprócz dwóch ostatnich) wystawiane były wyłącznie za układanie polbrukiu ewentualnie za dostawę piasku, co było objęte osobną ustną umową stron. W przypadku dwóch ostatnich faktur było inaczej - każda z nich została wystawiona na podstawie protokołów odbioru, w których powód wyszczególnił cały szereg prac, które nie były wcześniej przedmiotem odbiorów ani fakturowania.

Z twierdzeń i zeznań powoda wynika ostatecznie, że przedostatnia faktura (nr (...)) zawiera tylko jedną pozycję objętą pierwotną pisemną umową - ułożenie kamienia na wyjazdach za wynagrodzeniem 42.000 zł netto; podobnie ostatnia faktura (nr (...)) zawiera tylko jedną pozycję objętą pierwotną pisemną umową - ułożenie polbrukiu w ilości 1078 m² za wynagrodzeniem 37.730 zł netto; wszystkie pozostałe pozycje - jak twierdzi powód - to prace dodatkowe.

Powyższe jedynie w części znajduje potwierdzenie w zeznaniach świadka T. W., która zeznała, że korytowanie i zagęszczenie gruntu mieści się w wynagrodzeniu ustalonym na poziomie 35 zł za 1 m² i tym samym nie jest pracą dodatkową (por. zeznania świadka, karta 372 verte), z dalszych jej zeznań wynika, że w pozostałym zakresie dwa ostatnie protokoły i dwie ostatnie faktury - z wyjątkami dotyczącymi ułożenia polbrukiu i kamienia, co było objęte pierwotną umową - obejmują prace dodatkowe.

Stanowisko pozwanego jest odmienne, pozwany uważa, że w ramach umowy powód miał wykonać wszystkie prace zmierzające do osiągnięcia rezultatu w postaci uzyskania powierzchni pokrytych czerwoną kostką prefabrykowaną (polbrukiem), a na zjazdach kostką kamienną, w tym prace ziemne i przygotowawcze poprzedzające układanie nawierzchni jak odkrycia, korytowania, podsypka, zagęszczenie, wreszcie prace związane z układaniem nawierzchni ścieżki, w tym krawężniki. Część prac ujętych w protokołach zdaniem pozwanego w ogóle nie została przez powoda wykonana - jak transport materiałów na teren budowy - pozostałe prace ujęte w dwóch ostatnich protokołach są zdaniem pozwanego (tak jak i zdaniem powoda) pracami dodatkowymi. Nie ma sporu między stronami co do tego, że pracami dodatkowymi, nieobjętymi pierwotną pisemną umową, było wykonanie takich prac jak ułożenie skarpy z ażurów czy wykonanie trawników.

W tym stanie rzeczy po pierwsze konieczne jest dokonanie wykładni umowy w celu ustalenia, jakie prace miały składać się na świadczenie powoda, objęte wynagrodzeniem wynoszącym 35 zł za 1 m² ścieżki rowerowej.

Wykładnia umowy łączącej strony, dokonana w oparciu o art. 65 k.c. wymaga w pierwszym rzędzie zastosowania tzw. kombinowanej metody wykładni, która przyznaje pierwszeństwo temu znaczeniu oświadczenia woli stron, jakie obie strony rzeczywiście nadawały mu w chwili jego złożenia - tzw. subiektywny wzorzec wykładni, a dopiero gdy nie doprowadzi to do ustalenia treści złożonego oświadczenia woli, za prawnie wiążące należy uznać jego znaczenie ustalone według tzw. obiektywnego wzorca wykładni, w ramach którego tłumaczenia oświadczeń woli dokonuje się tak, jak wymagają tego ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Ustalając powyższe znaczenie oświadczenia woli należy wyjść z reguł językowych, uwzględnić okoliczności złożenia oświadczenia (kontekst sytuacyjny), kierować się celem umowy.

W realiach niniejszej sprawy nie ma możliwości ustalenia znaczenia zapisów umownych z zastosowaniem subiektywnego wzorca wykładni, ponieważ jak wynika z wyżej przedstawionych rozważań każda ze stron przedstawiła inne znaczenie tych zapisów.

Wykładnia dokonana z zastosowaniem obiektywnego wzorca wykładni wskazuje natomiast na to, że za prawnie wiążące należy uznać znaczenie spornych zapisów przedstawione przez pozwanego. Powyższe wynika z kontekstu sytuacyjnego. Identyczny zakres umowny, jaki według pozwanego zlecono powodowi, był również przedmiotem zlecenia udzielonego pozwanemu przez spółkę (...) (por. zeznania M. W. (1)), a wcześniej zlecenia udzielonego przez spółkę (...) (por. zeznania G. P.). Przemawia za tym również cel umowy, jakim było osiągnięcie rezultatu w postaci wybudowania ścieżki rowerowej, co nie było możliwe bez uprzednich prac przygotowawczych (ziemnych) oraz bez prac wykończeniowych, takich jak ułożenie krawężników. Co więcej jak wynika ze sporządzonego przez geodetę W. K. (...), załączonego do protokołu odbioru z dnia 29 września 2010 r., już w tej dacie na odcinku, który wykonywał powód, były po części ułożone krawężniki (por. karta 165), co wskazuje na to, że we wcześniejszych fakturach, które powód wystawiał stosując określoną w umowie stawkę 35 zł za 1 m² netto, ujęte były nie tylko prace polegające na układaniu kostki, ale też prace polegające na ułożeniu krawężników. Z zeznań świadka T. W. - pełnomocnika pozwanego, który reprezentował go przy zawieraniu umowy, jak już wcześniej wspomniano wynika, że korytowanie i zagęszczenie gruntu mieści się w wynagrodzeniu ustalonym na poziomie 35 zł za 1 m² (por. zeznania świadka, karta 372 verte).

Mając na względzie powyższe przyjąć trzeba, że sporne zapisy umowne należy tak tłumaczyć, jak przedstawił to w niniejszym procesie pozwany, a więc świadczenie powoda obejmowało wykonanie prac związanych z budową ścieżki rowerowej, zmierzających do osiągnięcia rezultatu w postaci uzyskania powierzchni pokrytych czerwoną kostką prefabrykowaną (polbrukiem), a na zjazdach kostką kamienną, przy czym obszar objęty przedmiotem umowy wynikał z projektu budowlanego i załączonych do niego rysunków.

Przy takim znaczeniu zapisów umownych powództwo jest nieuzasadnione co do tych wszystkich pozycji z dwóch ostatnich protokołów odbioru, które odnoszą się do prac, jakie powód miał wykonać w ramach ustalonego w umowie wynagrodzenia, wynoszącego 35 zł za 1 m² ścieżki, a które powód wbrew umowie osobno zafakturował, przyjmując stawki ustalone uprzednio z T. W. (dotyczy to w szczególności prac: ziemnych przygotowawczych, wykończeniowych, jak krawężniki).

Po drugie - mając na uwadze przedmiot istniejącego między stronami sporu - należy rozważyć, czy powód faktycznie wykonał wszystkie prace objęte dwoma ostatnimi protokołami odbioru. Spór dotyczy w szczególności usług polegających na transporcie materiałów budowlanych. Pozwany twierdzi, że powód takich usług w ogóle nie wykonywał (poza transportem piasku, który dokonywany był w ramach osobnej ustnej umowy, w ramach której pozwany kupował od powoda piasek zasypowy, przy czym w ramach postanowień umownych miejscem spełnienia świadczenia przez powoda był plac budowy, co w praktyce oznaczało, że powód dostarczał piasek objęty umową na teren budowy). Jeżeli chodzi o dostawy innych materiałów budowlanych pozwany wskazał, że usługi te wykonywali na jego zlecenie inni podwykonawcy, których pozwany wymienił, przede wszystkim z Z. K.. Zeznania pozwanego znajdują potwierdzenie w zeznaniach świadka R. W., który potwierdził fakt wykonywania usług transportowych przez Z. K..

Jedyny dowód, jaki powód przedstawił w niniejszym procesie w celu wykazania, że wykonywał na rzecz pozwanego usługi transportowe materiałów budowlanych, stanowią zeznania świadka T. W. oraz podpisane przez nią dwa

protokoły odbioru, załączone przez powoda do pozwu. Spośród tych dwóch protokołów pierwszy był podstawą rozwiązania stosunku pracy między pozwanym i świadkiem, a drugi stanowi duplikat wykonany przez małżonkę powoda z uwagi na to, że pozwany odmówił podpisania i nie zwrócił pierwotnie wystawionego protokołu, przy czym duplikat ten został podpisany przez T. W. już po tym, jak pozwany poinformował powoda o odwołaniu udzielonego jej pełnomocnictwa.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, a także wiarygodność i moc przedstawionych przez powoda dowodów przyjąć trzeba, że powód nie udowodnił faktu wykonania usług obejmujących transport materiałów budowlanych w zakresie objętym protokołami odbioru. Jak już wskazano jedynym dowodem są tu zeznania świadka T. W. (jak i podpisane przez nią protokoły), przy czym świadek prostolinijnie zeznała, że wprawdzie miały miejsce transporty powoda na budowę, jednak świadek nie sprawdzała ilości tych transportów. W szczególności świadek zeznała: "nie musiałam sprawdzać pana N., bo on nie oszukiwał, nie miał takiej potrzeby. Ja na budowie nie byłam sama, był też pan R., który sprawdzał ile piasku. Ja wierzyłam panu N., że tyle go kosztował ten transport, bo on nie oszukiwał, nie miał takiej potrzeby".

Powyższe zeznania świadczą o tym, że świadek T. W. podpisała wprawdzie protokoły odbioru, ale nie weryfikowała poszczególnych ich pozycji, ponieważ zawierała powodowi, że protokoły "nie oszukują". Teza o braku weryfikacji protokołów przez T. W. jest tym bardziej uzasadniona, że po pierwsze jeden z protokołów obejmuje pozycję dotyczącą Urzędu Morskiego, która w ogóle nie była związana z budową ścieżki rowerowej, a w ramach tej budowy wystawiane były podpisywane przez świadka protokoły odbioru, po drugie świadek sama przyznała, że niektóre z pozycji wymienionych w protokołach, za które powód policzył osobne wynagrodzenie, były objęte ryczałtem określonym w umowie, mimo tego protokoły te zostały przez świadka podpisane (por. zeznania T. W., karta 372 verte: "Powinno być ujęte korytowanie. Pod kostką musiało być korytowanie. Powinno być tak, że ta cena obejmuje zarówno położenie polbruku jak i korytowanie pod polbruk).

W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że podpisane, ale niezeweryfikowane wcześniej przez T. W. protokoły mogą być uznane za wiarygodne dowody potwierdzające rodzaj, zakres i ilość opisanych w nich dodatkowych prac, w szczególności dotyczy to transportu materiałów budowlanych, co do których świadek wprost zeznała, że ich nie liczyła i nie sprawdzała.

Powyższe wskazuje na to, że powód nie udowodnił zakresu, rodzaju, ilości prac dodatkowych, w szczególności ilości kursów związanych z ewentualnym transportem materiałów budowlanych, a więc tych prac, co do których pozwany twierdził, że powód ich w ogóle nie wykonał.

Podsumowując powyższe rozważania, odnoszące się do dwóch opisanych wyżej spornych kwestii, należy zwrócić uwagę na to, że powód nie udowodnił ani tego, iż w ramach umownie określonego ryczałtu nie miał obowiązku wykonania prac przygotowawczych i wykończeniowych (jak np. położenie krawężników), ani tego, iż w ramach ustnie zleconych przez T. W. robót dodatkowych wykonał pracę w ilości i w zakresie opisanym w protokołach odbioru (co co dotyczy w szczególności usług transportowych).

Powyższe rozważania odnoszące się do wykładni łączącej strony umowy oraz udowodnienia rodzaju i zakresu ewentualnie wykonanych przez powoda prac dodatkowych pozostają jednak bez wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie, ponieważ gdyby przyjąć za zasadne stanowisko powoda, a więc uznać, że wymienione wyżej prace (ziemne, przygotowawcze, wykończeniowe - jak krawężniki, oraz inne prace, nieobjęte pierwotną pisemną umową) były pracami dodatkowymi, zostały wykonane i jako takie wymagały osobnego zafakturowania, to i tak powództwo podlegałoby oddaleniu, ponieważ w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy takie rozstrzygnięcie uzasadnione jest co do wszystkich robót dodatkowych (nieobjętych podstawowym zakresem pisemnej umowy łączącej strony), ponieważ umowa o zawarcie prac dodatkowych powinna być pod rygorem nieważności zawarta na piśmie, co nie miało miejsca.

Strony umowy uregulowały w § 8 kwestie ewentualnych zmian treści kontraktu. Zgodnie z postanowieniami umowy zmiana zawartych w niej postanowień w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy,

była możliwa wyłącznie na warunkach i w zakresie przewidzianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będzie wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności. Umowa przewidywała również inne przypadki zmiany umowy, również zastrzegając dla ich skuteczności dla skuteczności formę pisemną pod rygorem nieważności, do tych przypadków zaliczono między innymi "zamówienia dodatkowe" w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, których realizacja będzie miała wpływ na harmonogram i termin wykonania przedmiotu umowy.

O ile przyjąć stanowisko powoda, że wszystkie roboty (poza ułożeniem polbruku i kamienia na zjazdach) wyszczególnione w treści dwóch ostatnich protokołów były pracami dodatkowymi, to ich zlecenie dla swojej ważności wymagało formy pisemnej pod rygorem nieważności. Z materiału dowodowego zebranego w toku postępowania wynika natomiast, iż objęte fakturą nr (...) oraz fakturą nr (...) prace były wykonane na podstawie ustaleń wyłącznie ustnych (powoda z T. W.). Tym samym uznać należy - abstrahując od tego, czy wszystkie dodatkowe prace zostały rzeczywiście wykonane - że ustne zlecenia robót dodatkowych są czynnościami prawnymi nieważnymi z uwagi na niezachowanie formy wymaganej pod rygorem nieważności.

Ostatecznie przyjąć więc trzeba, że końcowe rozliczenie umowy łączącej strony powinno obejmować wynagrodzenie dla powoda za:

- 1) ułożenie powierzchni z kostki kamiennej na wjazdach (co stanowi jedną z pozycji objętych fakturą nr (...)),
- 2) ułożenie powierzchni ścieżki rowerowej z polbruku w zakresie, jaki wcześniej nie został zafakturowany (co stanowi jedną z pozycji objętych końcową fakturą nr (...)).

Co do tych dwóch pozycji powództwo podlegało uwzględnieniu.

W pozostałym zakresie protokoły i faktury wystawione przez powoda nie mogą być podstawą do zasądzenia w niniejszym procesie jakichkolwiek kwot, dotyczą bowiem:

- z jednej strony robót nieobjętych żądaniem pozwu : w pozwie brak twierdzeń co do tego, że przedmiotem żądania pozwu ma być cokolwiek innego niż wynagrodzenie za prace wykonane w ramach pisemnej umowy, w świetle przytoczonych wyżej przepisów procesowych przytaczanie nowych twierdzeń i rozszerzanie podstawy faktycznej powództwa było w niniejszym procesie niedopuszczalne; do kategorii robót nieobjętych żądaniem pozwu należy więc zaliczyć: po pierwsze wszystkie roboty dodatkowe w rozumieniu powoda, a więc objęte ustnymi umowami powoda i T. W., po wtóre prace wykonywane przy Urzędzie Morskim w S.;

- z drugiej strony robót wykonywanych w ramach ustnych umów, mimo zastrzeżenia formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności; do tej kategorii należą wszystkie roboty uznawane przez powoda jako dodatkowe, w tym:

roboty, które powód uważa za dodatkowe, a pozwany za objęte ryczałtowym wynagrodzeniem wynoszącym 35 zł za 1m² ścieżki rowerowej (roboty ziemne, przygotowawcze, wykończeniowe - krawężniki),

roboty, które powód uważa za dodatkowe, a co do których pozwany podnosi, że fakt ich wykonania oraz ewentualnie ich zakres został nieudowodniony (transport materiałów budowlanych na teren budowy).

Pozostaje rozważyć jaka winna być wysokość wynagrodzenia z dwóch wskazanych wyżej tytułów, co do których powództwo pozostaje uzasadnione.

Ad 1. Ustalenie wynagrodzenia za ułożenie powierzchni z kostki kamiennej na wjazdach, objętego fakturą nr (...), wymaga rozważenia dwóch kwestii: stawki za 1 m² oraz powierzchni, na której powód wykonał to świadczenie.

W celu wyliczenia powierzchni powołany został dowód z opinii biegłego geodety. W zakresie, w jakim biegły wyliczył powierzchnię wykonanych przez powoda wjazdów z kostki kamiennej (501 m²) opinia biegłego nie była przez strony

kwestionowana - zarówno powód jak i pozwany przyznali na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2015 r., że zgadzają się z opinią biegłego co do powierzchni wykonanej z kostki kamiennej (karta 473 verte, 474).

Nie było też sporu między stronami co do tego, że w czasie wykonywania pracy powód i pozwany ustnie ustalili, że wynagrodzenie za ułożenie nawierzchni z kamienia będzie wyższe niż 35 zł za 1 m², spor między stronami powstał natomiast w zakresie tego, jaka była wysokość umówionej w ten sposób stawki. Ostatecznie na rozprawie w dniu 24 lipca 2014 r. pozwany przyznał, że odtworzył sobie w pamięci przebieg rozmów w tym temacie i zgodził się ze stanowiskiem powoda, iż strony ustaliły stawkę w wysokości 70 zł netto za 1m² powierzchni. Niespornym jest również, że strony mogły ustnie zmienić wysokość wynagrodzenia za prace objęte podstawowym zakresem umowy, zastrzeżenie formy pisemnej pod rygorem nieważności dotyczyło bowiem rozszerzenia zakresu robót, w szczególności zlecenia robót dodatkowych.

Tym samym wynagrodzenie powoda z omawianego tytułu powinno wynieść:

501 m² x 70 zł = 35.070 zł, po doliczeniu 23 % podatku VAT = **43.136,10 zł**

Kolejną kwestią wymagającą ustalenia jest to, jaką kwotę na poczet faktury nr (...) pozwany zapłacił. Wpłaty te były dokonywane również w toku niniejszego procesu po wydaniu nakazu zapłaty. Łącznie z tego tytułu pozwany zapłacił 45.438,68 zł (poszczególne wpłaty zostały wymienione w części uzasadnienia obejmującej stan faktyczny).

Należność główna z omawianego tytułu wyniosła 43.136,10 zł, co oznacza, że cała należność główna z faktury (...), co do której faktura jest zasadna, została przez pozwanego uregulowana. Pozostałą część dokonanej przez pozwanego wpłaty należy zaliczyć na poczet odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie kwoty 43.136,10 zł.

Roszczenie o zapłatę odsetek, znajdujące podstawę prawną w art. 481 § 1 k.c., jest uzasadnione od dnia 28 lutego 2011 r., a więc od daty od której powód tych odsetek dochodził (zgodnie z umową termin płatności faktur częściowych wynosił 30 dni od doręczenia faktury, fakturę numer (...) doręczono 28 stycznia 2011 r.).

Odsetki za opóźnienie naliczone od dnia 28 lutego 2011 r. do dnia poszczególnych wpłat wynoszą 2.923,98 zł, co wynika z przedstawionego niżej wyliczenia :

	data początkowa naliczania odsetek	dzień wpłaty	kwota wpłaty	wysokość odsetek
1.	2011-02-28	2011-05-05	8 880,01 zł	211,90 zł
2.	2011-02-28	2011-09-01	7 058,67 zł	467,61 zł
3.	2011-02-28	2011-09-20	10 000,00 zł	730,14 zł
4.	2011-02-28	2011-09-22	10 000,00 zł	737,26 zł
5.	2011-02-28	2011-11-14	2 000,00 zł	185,21 zł
6.	2011-02-28	2011-12-08	2 000,00 zł	202,30 zł

7.	2011-02-28	2012-01-10	2 000,00 zł	225,81 zł
8.	2011-02-28	2012-03-06	500,00 zł	66,42 zł
9.	2011-02-28	2012-03-20	500,00 zł	68,92 zł
10.	2011-02-28	2012-04-06	197,42 zł	28,41 zł
suma			43.136,10 zł	2.923,98 zł

Pozwany zapłacił na poczet faktury nr (...) kwotę 45.438,68 zł, w tym : 43.136,10 zł jako należność główną, 2.302,58 zł jako odsetki za opóźnienie (45.438,68 - 43.136,10 = 2.302,58).

Należna kwota odsetek za opóźnienie wynosi 2.923,98 zł, powództwo podlegało więc uwzględnieniu do kwoty stanowiącej różnicę między kwotami 2.923,98 i 2.302,58, która wynosi 621,40 zł. Zapłata kwoty 621,40 zł zaspokoi całość zasadnych roszczeń powoda z faktury nr (...) łącznie z odsetkami za opóźnienie.

Mając na uwadze art. 496 k.p.c. należało więc utrzymać w mocy nakaz zapłaty w tej części, w jakiej obejmował on roszczenie z faktury nr (...) wraz odsetkami, jedynie do kwoty 621,40 zł, stanowiącej niezaspokojoną część ustawowych odsetek za opóźnienie w zapłacie kwoty 43.136,10 zł, liczonych od dnia 28 lutego 2011 r. do dnia zapłaty.

Ad 2. Ustalenie wynagrodzenia za ułożenie powierzchni ścieżki rowerowej z polbruku w zakresie, jaki wcześniej nie został zafakturowany, wymaga ustalenia dwóch kwestii:

- powierzchni, za którą w ramach faktur częściowych powód zafakturował wynagrodzenie,
- powierzchni, na której powód zgodnie z umową faktycznie wykonał to świadczenie.

Ta pierwsza powierzchnia wynosi 6237,1 m² i została zafakturowana w ramach faktur VAT o numerach (...) ((...),3 + (...),6 + (...),6 + (...),60 = 6237,1 m²).

W tym miejscu wskazać trzeba, że wszystkie wymienione wyżej faktury o numerach (...) były fakturami częściowymi, wystawianymi w oparciu o protokoły odbioru podpisywane przez T. W. i opłacanymi przez pozwanego w oparciu o zapisy umowne, zgodnie z art. 654 k.c. Faktura końcowa winna natomiast opiewać na tą część wynagrodzenia za wykonanie ścieżki rowerowej, która była objęta umową, a nie była wcześniej objęta fakturoowaniem (powierzchnia ścieżki rowerowej, której dotyczy faktura końcowa, powinna więc stanowić różnicę między powierzchnią, na której powód faktycznie zgodnie z umową wykonał świadczenie, a powierzchniami za które powód wcześniej wystawiał faktury). Dlatego też zarzuty pozwanego, odnoszące się do zakresu robót ujętych w fakturze częściowej nr 54 (wystawionej jako pierwsza w kolejności), nie mają znaczenia dla końcowego rozliczenia, dokonanego fakturą końcową, ponieważ nawet jeżeli w fakturze nr (...) (przyjętej i opłaconej przez pozwanego) powód ujął większy zakres robót, niż faktycznie wykonany do daty jej wystawienia, to taki stan rzeczy spowoduje automatyczne pomniejszenie zakresu robót w fakturze końcowej.

Abstrahując od powyższego wyjaśnienia wymaga, że przedstawione przez pozwanego w zarzutach od nakazu zapłaty domniemanie faktyczne, zgodnie z którym powód nie mógł do dnia 29 września 2010 r. wykonać prac objętych fakturą częściową nr 54 (a więc 1714,28 m² ścieżki rowerowej) jest nieuzasadnione, pozwany nie przeprowadził bowiem dowodu, który wskazywałby na to, że przy takim zaangażowaniu w wykonywane roboty, jakie wykazał powód, nie było

to możliwe (uzasadnienie powyższej tezy wymagało wiadomości specjalnych, na tę okoliczność pozwany dowodu z opinii biegłego nie powołał).

W celu wyliczenia powierzchni, na której powód faktycznie spełnił świadczenie w postaci wykonania ścieżki rowerowej powołany został dowód z opinii biegłego geodety. W związku z tym, że między stronami powstał spór w zakresie tego, na jakim odcinku w obrębie miejscowości T. powód spełnił świadczenie, biegły wykonał tą opinię w dwóch wariantach, przyjmując że:

- powód wykonał 7359 m² wraz ze spornym odcinkiem,

- powód wykonał 6912 m² bez spornego odcinka.

Pomiary biegłego nie były przez strony kwestionowane.

Spór dotyczy tego, czy powód wykonywał umowę na spornym odcinku, obejmującym - jak wskazał biegły - około 447 m². Sporny odcinek, przebiegający w obrębie skrzyżowania, zakreślony został przez biegłego na rysunku kolorem zielonym, obszar co do którego nie było sporu między stronami zakreślony został przez biegłego kolorem zielonym oraz kolorem czerwonym (karta 457a).

Po przeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego obie strony zgłosiły nowe dowody z zeznań świadków w celu wykazania, czy powód faktycznie wykonywał prace na spornym odcinku. Obowiązujące przepisy procesowe, wymienione na wstępie, wymagają zachowania terminów w powoływaniu nowych faktów i dowodów. Obie strony uzasadniały potrzebę powołania nowych dowodów na tym etapie procesu w ten sposób, że dopiero po wykonaniu rysunków przez biegłego możliwe było precyzyjne okazanie świadkom spornego odcinka i uzyskanie zeznań w przedmiocie tego, czy na odcinku tym powód wykonał prace, czy też nie. Dowody te - powołane w pismach procesowych złożonych po doręczeniu stronom opinii biegłego - nie były spóźnione, obie strony zasadnie argumentowały potrzebę powołania dowodu dopiero na tym etapie procesu. Spóźniony okazał się natomiast dowód z zeznań świadka M. W. (2), powołany na tę samą okoliczność w piśmie procesowym z dnia 27 kwietnia 2015 r. przez powoda, dowód ten został pominięty, nie było bowiem przeszkód w powołaniu tego dowodu w piśmie procesowym złożonym przez powoda po doręczeniu opinii biegłego, wraz z innymi dowodami z zeznań świadków złożonymi na tą samą okoliczność.

Na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015 r. i w dniu 24 września 2015 r. przesłuchani zostali świadkowie powołani przez obie strony w celu ustalenia, czy powód wykonywał prace na spornym odcinku. Zeznania złożyli T. W., A. D., G. P., M. M..

Stanowisko pozwanego odnośnie prac na spornym odcinku było takie, że prace te wykonali inni podwykonawcy: R. W. i G. P.. Fakty te nie znalazły potwierdzenia w zeznaniach świadków. Troje świadków (z wyjątkiem A. D.) nie miało żadnych wątpliwości co do tego, że na spornym odcinku prace wykonał powód, jedynie na części tego odcinka (której świadkowie nie potrafili precyzyjnie określić) prace przy korytowaniu wykonała koparka należąca do innego podwykonawcy. Zeznania A. D. były natomiast niejednoznacznie, świadek nie potrafił kategorycznie stwierdzić jaki stan rzeczy miał miejsce, pamiętał wprawdzie, że część prac ziemnych na spornym odcinku wykonali R. W. i G. P., ale zaznaczył że słyszał to jedynie z relacji od osób trzecich, ponieważ na budowie ostatni raz przebywał w końcu sierpnia i jedynie w początkowym stadium inwestycji brał udział w radach budowy. Z uwagi na to, że zeznania tego świadka pozbawione były stanowczości, a nadto pozostawały w sprzeczności z zeznaniami pozostałych świadków, nie mogły stanowić podstawy ustaleń faktycznych.

Na temat prac wykonywanych na spornym odcinku w początkowym stadium inwestycji zeznawali również świadkowie przesłuchiwani na wcześniejszym etapie postępowania: M. W. (1), R. W. i G. P.. Z zeznań tych trzech świadków wynika zgodnie, że na niewielkim odcinku w obrębie skrzyżowania z drogą numer (...) w miejscowości T. prace ziemne wykonała koparka należąca do innego niż powód podwykonawcy, co w efekcie oznaczało, że w momencie kiedy powód wszedł na budowę na tym niewielkim odcinku prace ziemne były już wykonane. Nie ma jednak wątpliwości co do tego, że prace przy układaniu nawierzchni z kostki polbrukowej w obrębie spornego skrzyżowania w całości wykonał

powód. Powód zgodnie z umową miał rozpocząć prace w dniu 21 września 2010 r., wpisem do dziennika budowy z dnia 29 września 2010 r. H. H. poinformował, że zakończono układanie nawierzchni kostki betonowej na długości około 600 m bieżących. Pozwany nie udowodnił, że powyższe prace zostały wykonane przez innego podwykonawcę, z zeznań świadków wynika natomiast że nikt inny poza powodem na spornym odcinku nie układał kostki polbrukowej. Dlatego też twierdzenia pozwanego, zawarte w zarzutach od nakazu zapłaty, gdzie pozwany twierdzi, że na spornym odcinku prace brukarskie (polegające na układaniu kostki) wykonał G. P., pozostały nieudowodnione - sam G. P. temu faktowi zaprzeczył.

Umowa łącząca powoda i pozwanego obejmowała wykonanie prac na odcinku P.-T. wraz z odcinkiem od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (...) do miejscowości B.. Powodowi przysługuje zgodnie z umową wynagrodzenie za całość wykonanych na tym odcinku prac. Powyższego nie zmienia fakt, że w momencie kiedy powód wszedł na plac budowy część prac ziemnych na powierzonym mu placu budowy była już wykonana przez innego podwykonawcę. Pozwany nie zadbał o to, aby sporządzić protokół przejęcia przez powoda placu budowy i ewentualnie ustalić kwotę pomniejszenia wynagrodzenia powoda z tego tytułu, że wcześniej inny podwykonawca wykonał na niewielkim odcinku jeden z etapów robót, a więc prace ziemne, poprzedzające układanie kostki. Przedmiotem łączącej strony umowy, jak już wcześniej wskazano, było uzyskanie rezultatu w postaci powierzchni ścieżki rowerowej wykończonych krawężnikami, pokrytej czerwonym polbrukiem, a na zjazdach kostką kamienną, w tym wykonanie prac ziemnych związanych ze zdjęciem humusu, korytowaniem, przygotowaniem powierzchni, utwardzeniem. Taki rezultat został osiągnięty również na spornym odcinku, na którym powód układał kostkę polbrukową, korzystając z wcześniej wykonanych prac ziemnych (na niewielkim odcinku) przez innego podwykonawcę, co nie zwalnia pozwanego z obowiązku zapłaty powodowi wynagrodzenia w świetle art. 356 § 1 k.c.

Mając na względzie powyższe rozważania oraz omówione wyżej dowody Sąd uznał, że powód wykonał - zgodnie z wyliczeniami biegłego - 7359 m² ścieżki rowerowej z czerwonego polbruku, a więc także prace na spornym odcinku.

Jak już wyżej wskazano powód zafakturował z tego tytułu w ramach faktur częściowych 6237,1 m², różnica wynosi 1121,90 m², za taką powierzchnię ścieżki rowerowej powód mógłby zasadnie wystawić fakturę końcową.

Powód wystawił tą fakturę za wynagrodzenie obejmujące powierzchnię 1078 m². Z uwagi na to, że Sąd nie może orzekać ponad żądanie (art. 321 § 1 k.p.c.), a powód żądał wynagrodzenia za 1078 m², z faktury VAT nr (...) zasądzeniu podlegała kwota:

1078 m² x 35 zł = 37.730 zł, po doliczeniu 23 % podatku VAT = **46.407,90 zł**

Na poczet faktury numer (...) pozwany nie dokonał żadnej wpłaty.

Mając na uwadze art. 496 k.p.c. należało więc utrzymać w mocy nakaz zapłaty w tej części, w jakiej obejmował on roszczenie z faktury nr (...), do kwoty 46.407,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 czerwca 2011 r.

O odsetkach za opóźnienie w zapłacie kwoty 46.407,90 zł orzeczono zgodnie z art. 481 § 1 k.c.

Zgodnie z umową ostatnia część płatności (faktura końcowa) miała być płatna po całkowitym zakończeniu robót i po odbiorze końcowym, w terminie 30 dni od przedłożenia końcowej faktury (§ 2 ust. 2.4; 2.7; 2.9). Niesporny jest fakt, że nie doszło do odbioru końcowego między powodem i pozwanym w formie sporządzenia pisemnego protokołu odbioru. Udowodnione zostało jedynie, że w dniu 30 maja 2011 r. pozwany otrzymał od powoda ostatnią fakturę VAT o numerze (...) (oraz sporządzony pismem ręcznym protokół odbioru wykonanych robót, którego pozwany nie zaakceptował i nigdy nie oddał powodowi). Taką datę, tj. 30 maja 2011 r., pozwany zamieścił obok swojego podpisu potwierdzając odbiór faktury. Należy uznać, że w tej dacie najpóźniej roboty zostały przez powoda zgłoszone pozwanemu do odbioru, choć materiał dowodowy wskazuje na to, że fakt ten musiał mieć miejsce już wcześniej. Zauważyć trzeba, że z zapisów w dzienniku budowy wynika, że już w dniu 20 maja 2011 r. kierownik budowy spółki (...) w imieniu tej spółki zgłosił inwestorowi gotowość odbioru, inspektor odbioru potwierdził ten fakt stwierdzając jedynie drobne usterki w zakresie obejmującym świadczenie powoda. W dniu 3 czerwca - jak wynika z dziennika budowy - brakowało już tylko

wymalowania białych linii na wyjazdach - stwierdzone wcześniej drobne usterki, występujące m.in. w pracach powoda, były już w tym dniu niewątpliwie usunięte. Skoro pozwany już w dniu 20 maja 2011 r. skorzystał z wykonanych przez powoda prac, przekazując wybudowany obiekt spółce (...), a ta z kolei przekazała go inwestorowi, to tym samym pozwany dał wyraz temu, że odebrał roboty powoda.

Termin płatności wynagrodzenia z faktury końcowej wystawionej przez powoda zgodnie z umową wynosi więc 30 dni liczonych od dnia doręczenia pozwanemu faktury końcowej, a więc od dnia 30 maja 2011 r., co oznacza że roszczenie o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie uzasadnione jest od dnia 30 czerwca 2011 r.

Stan faktyczny sprawy został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów, z zeznań świadków, z przesłuchania stron, a także w oparciu o dowód z opinii biegłego geodety.

Dopuszczone zostały dowody powołane przez powoda w pozwie oraz przez pozwanego w zarzutach (z wyjątkiem dowodów cofniętych przez strony w dalszym etapie postępowania) oraz dowody powołane przez powoda w odpowiedzi na zarzuty, tj. w piśmie procesowym z dnia 20 czerwca 2013 r. w takim zakresie, w jakim potrzeba ich powołania związana była ze sposobem obrony pozwanego przyjętym w zarzutach. Jak już wspomniano wyżej powoływanie na tym etapie procesu nowych twierdzeń, dotyczących innych stosunków zobowiązaniowych, niż objęte podstawą faktyczną przytoczoną w pozwie, było z mocy przytoczonych na wstępie przepisów procesowych niedopuszczalne.

Nie było podstaw do przeprowadzenia dowodu z "akt" prokuratorskich (...), okoliczności w jakich T. W. złożyła podpisy na protokołach zostały bowiem wyjaśnione za pomocą innych środków dowodowych.

Pominięte zostały dowody złożone przez pozwanego w piśmie procesowym z dnia 14 listopada 2013 r. (w postaci dokumentów potwierdzających wykonywanie na rzecz pozwanego usług transportowych przez spółki (...)), pozwany nie wykazał bowiem, że potrzeba powołania tych dowodów pojawiła się dopiero na tym etapie postępowania.

Wśród dowodów z dokumentów złożone zostały dwa protokoły z maja 2011 r. o odmiennej treści, z których pierwszy został załączony przez powoda do pozwu, a kolejny przez pozwanego do zarzutów. W czasie informacyjnego przesłuchania stron wyjaśnione zostało, w jakich okolicznościach każdy z tych protokołów powstał. Ostatecznie między stronami nie było sporu co do tego, że drugi z tych protokołów, złożony do akt przez pozwanego i niezawierający podpisu jego przedstawiciela, był pierwotnie sporządzony przez powoda i wręczony pozwanemu, natomiast pierwszy - złożony do akt przez powoda i podpisany przez T. W. - został wykonany przez małżonkę powoda i przedłożony T. W. do podpisu już po tym, jak pozwany odmówił podpisania pierwotnie sporządzonego protokołu (co więcej było to już po tym, jak pozwany poinformował powoda o odwołaniu pełnomocnictwa udzielonego T. W.). Po wyjaśnieniach dokonanych w ramach informacyjnego przesłuchania pozwany cofnął wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego grafologa, zmierzającego do wyjaśnienia faktów związanych z powstaniem protokołu załączonego przez powoda do pozwu i podpisanego przez T. W..

Ostatecznie okoliczności faktyczne związane ze sporządzeniem tych dwóch protokołów nie były więc między stronami sporne.

Autentyczność pozostałych dowodów z dokumentów, powołanych jako dowody w sprawie, nie była przez strony podważana, Sąd nie dopatrył się też żadnych podstaw pozwalających na zakwestionowanie ich prawdziwości.

Strony nie kwestionowały również wyliczeń i pomiarów biegłego geodety, dlatego również ten dowód został uznany przez Sąd za wiarygodny. Biegły mając na uwadze spór między stronami wykonał opinię w dwóch wariantach, co pozwoliło Sądowi w oparciu o inne zebrane w sprawie dowody ustalić, jaka była faktycznie powierzchnia wykonanych przez powoda prac przy układaniu ścieżki z czerwonego polbruku.

Zeznania złożone przez świadków oraz przez strony po części okazały się wiarygodne.

Dla odtworzenia faktów poprzedzających zawarcie umowy między powodem i pozwanym duże znaczenie miały zeznania G. P. i prezesa zarządu spółki G. M. W. (1). Zeznania tych dwóch świadków były rzeczowe, stanowcze oraz

zbieżne ze sobą, tym samym obaj omawiani świadkowie zasługują na wiarygodność, tym bardziej, że ostatecznie stosunki gospodarcze między reprezentowanymi przez świadków przedsiębiorstwami zakończyły się konfliktem.

Mniejsze znaczenie dla sprawy miały zeznania świadków R. T., R. W., H. H., W. K. - świadkowie nie mieli szerokiej wiedzy na temat stosunków łączących powoda i pozwanego, każdy z nich potwierdził w zasadzie jedynie swoją rolę w wykonywanym procesie budowlanym. Z zeznań złożonych przez R. W. istotny dla sprawy był jedynie fakt, że potwierdził on fakt przywożenia piasku na budowę przez Z. K., co z kolei miało znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań pozwanego w tym zakresie, fakty podawane przez R. W. w pełni korespondowały bowiem z treścią zeznań pozwanego.

Ocena zeznań świadków powołanych po przeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy powód wykonywał pracę na spornym odcinku, została dokonana już wyżej (świadkowie: T. W., A. D., G. P., M. M.).

Osobnego omówienia wymaga ocena zeznań świadka T. W.. Zeznanie świadka stanowi oświadczenie wiedzy odnoszące się do określonego faktu (zdarzenia, stosunku, stanu), odtwarzające ten stan. Przedmiotem zeznań świadka są jego osobiste spostrzeżenia, które świadek - po odtworzeniu ich z pamięci - przedstawia Sądowi bądź innemu organowi przeprowadzającemu dowód. Sposób składania zeznań przez T. W. wskazuje na to, że świadek ten starał się (nie zawsze skutecznie, o czym świadczą na przykład takie sformułowania jak: "teraz nie pamiętam tej pozycji" - dot. pozycji 8 protokołu z maja 2011 r.; "nie pamiętam skąd 250 zł" - dot. pozycji 13 protokołu z maja 2011 r.) odtworzyć z pamięci zdarzenia związane z wykonywaniem łączącej strony umowy, po czym przekazał taki obraz tych zdarzeń, który odpowiada subiektywnej ocenie zaistniałego stanu rzeczy dokonanej przez świadka. Przy ocenie zeznań T. W. na pierwszy plan wysuwa się zauważalna niemal w każdym momencie zeznań wola świadka do przedstawienia wyidealizowanych stosunków między uczestnikami procesu budowlanego: inwestorem - wykonawcami - podwykonawcami, co świadek nazywała "łańcuszkiem". Z zeznań świadka wynika, że swoje własne działania opierała ona na założeniu, że jej zadaniem jest całkowicie swobodne zlecenie powodowi wykonania wszelkich robót dodatkowych w tym celu, aby ścieżka rowerowa odpowiadała oczekiwaniom inwestora oraz była wykonana w terminie określonym w umowie między inwestorem i generalnym wykonawcą (spółką (...)), a następnie można będzie te prace "przefakturować" kolejno na uczestników procesu budowlanego stojących wyżej w "łańcuszku". W efekcie, mimo braku złej woli ze strony świadka, złożone przez T. W. zeznania okazały się w dużym stopniu niewiarygodne. T. W. nie pamiętała nawet podstawowej stawki z pisemnej umowy łączącej strony (w czasie swoich zeznań już na wstępie błędnie podała, że wynosiła ona 25 zł za 1 m²), potwierdziła jednak zdecydowanie, opierając się wyłącznie na swojej pamięci większość stawek za roboty dodatkowe wymienionych w dwóch protokołach odbioru, jako wynegocjowanych przez nią z powodem, mimo tego że w wielu przypadkach nie potrafiła w ogóle podać skąd określone kwoty zostały w protokołach zamieszczone. Co do niektórych kwot wskazanych w protokołach zeznała, że w ogóle nie pamięta w jaki sposób i na jakich podstawach zostały ustalone (przykłady zostały podane wyżej), wbrew temu twierdziła jednak, że za wszystko powinien zapłacić pozwany, ponieważ powód faktycznie te roboty wykonał, a pozwany może je "przefakturować" na dalszych uczestników procesu budowlanego. Co do innych kwot wskazanych w protokołach świadek wskazała, że zaakceptowała poszczególne pozycje protokołów sporządzonych przez powoda, ponieważ wierzyła powodowi i uważała, że w nie miał on powodu aby "oszukiwać" (por. np. cytowane we wcześniejszej części uzasadnienia zeznania dotyczące pozycji 5 z protokołu z maja 2011 r.). Z tych przyczyn zeznania świadka nie zawierają obiektywnego opisu stanu rzeczy, ale odpis takiego stanu rzeczy, jaki T. W. stworzyła we własnej świadomości opierając się na zaufaniu do powoda i innych uczestników procesu budowlanego. Zeznania te, podobnie jak podpisane przez T. W. protokoły odbioru, nie mogły być więc wiarygodnym źródłem dowodowym, potwierdzającym rzeczywisty stan rzeczy.

Zeznania złożone przez strony zostały ocenione jako wiarygodne jedynie w takim zakresie, w jakim korespondowały one z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. pozostawiając wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu, przy założeniu, że powód jest stroną wygrywającą proces w 22,4 %, powód domagał się bowiem zapłaty kwoty 207.376,65 zł z odsetkami, z tej kwoty powództwo zostało uwzględnione do wysokości

46.407,90 zł. W pozostałym zakresie nakaz zapłaty został uchylony i powództwo oddalono bądź to dlatego, że roszczenia powoda były nieuzasadnione, bądź to dlatego, że roszczenia powoda wprawdzie były uzasadnione, ale wygasły na skutek zapłaty dokonanej przez pozwanego (dotyczy to należności z faktury VAT numer (...)).