

Sygn. akt VIII GC 93/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 sierpnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Leon Miroszewski

Protokolant Anna Galara

po rozpoznaniu w dniu 11 sierpnia 2015 r. na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości A. W. w M.

przeciwko A. K.

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. zasądza od upadłej A. W. na rzecz pozwanego kwotę 7.217,00 (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu.

VIII GC 93/14

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 22 maja 2013 roku (data nadania) Syndyk masy upadłości A. W. wniósł o zasądzenie od pozwanego A. K. kwoty 212.343,00 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 roku i kosztami procesu. W uzasadnieniu powołał się na umowę o roboty budowlane w zakresie przebudowy lokalu położonego w S. przy Alei (...) oraz na wykonanie „tak zwanych prac dodatkowych, to jest robót na zewnątrz budynku, wejść i otoczenia, na które nie było projektów; zmian materiałów powodujących różnice cenowe in plus, rozszerzenia zakresu robót sufitów, krat, dociepleń, tynków, elewacji, obróbek zewnętrznych, zmian projektowych – nieistotnych rozbiórek, zmian itp. oraz innych robót dodatkowych, niewynikających z projektu a zleconych dodatkowo”. Podniósł, że należności z tego tytułu miały być naliczone według ceny rzeczywistej a wynagrodzenie za ich wykonanie uwzględnione w fakturze końcowej, określone na podstawie kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę. Powód przyznał, że pozwany uiszczył umówione wynagrodzenie natomiast odmówił zapłaty kwoty dochodzonej pozwem za prace dodatkowe.

Powód do pozwu dołączył między innymi zestawienie robót na kwotę dochodzoną pozwem.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu. W pierwszej kolejności stwierdził, że pozwanym powinien być też T. K., jako współnik spółki cywilnej, której współnicy byli inwestorem. Zarzucił przedawnienie roszczenia z uwagi na upływ 3 letniego terminu od dnia wymagalności dochodzonego roszczenia. Niezależnie od tego stwierdził, że przedłożony przez powoda wykaz rzekomych robót jest sprzeczny z załącznikiem nr 2 do umowy stron. Zarzucił nadto, że powód nigdy nie wystawił faktury za roboty dodatkowe, powołał się też na pismo załączone do odpowiedzi na pozew pismo pozwanego z dnia 12 sierpnia 2010 roku, z odniesieniem się do kolejnych punktów zestawienia złożonego przez powoda.

W piśmie z dnia 5 czerwca 2014 roku pozwany podniósł, że w trakcie robót strony odstępowały od pewnych robót (wymiany pieca gazowego, montażu agregatu tłoczącego ścieki, klimatyzacji, rolet zewnętrznych) korygowano zawyżone ceny materiałów i wyposażenia po zakończeniu budowy, wykonywały roboty zamienne (otwory drzwiowe), stwierdzono szkody zawinione przez wykonawcę, wystąpiły poprawki dokonane przez innego wykonawcę (malowanie), wykonawca nie zapewnił ubezpieczenia. Dalej pozwany stwierdził, że wartość robót dodatkowych została przez pozwanego wyceniona na kwotę 39.208,23 złotych, natomiast powinno być to pomniejszone o wartość robót niewykonanych – 40.762 złotych, na co załączył tabelę z rozliczeniem, ponadto zgłosił do potrącenia kwotę nadpłaconą w wysokości 19.998,80 złotych, jako nie znajdującą odzwierciedlenia w fakturach wystawionych przez wykonawcę oraz kwotę 56.213 złotych stanowiącą zapłatę podwykonawcą i dostawcom za powoda.

Ustalenia faktyczne.

W dniu 1 lutego 2009 roku zawarta została umowa pomiędzy A. K., jako zamawiającym a A. W., jako wykonawcą, o roboty budowlane, których przedmiotem miało być wykonanie przebudowy lokalu nr (...) na parterze oraz piwnic pod nim na zespół gabinetów dermatologicznych w S., al. (...), wraz z dostawą materiałów i urządzeń do wykonania prac. Prace te obejmowały: wykonanie adaptacji pomieszczeń mieszkalnych i piwnicznych z projektem, wykonanie robót wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. W umowie ustalono, jako niezmienne, wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 480.000 netto + podatek VAT w wysokości 22%, a więc łącznie 585.600 złotych. Wynagrodzenie obejmować miało wykonanie prac remontowo-budowlanych z kosztem materiałów i urządzeń do ich wykonania oraz ich dostawą. Nie miało obejmować dostawy lamp (oświetlenia wewnętrznego i akcesoriów oraz gniazd i wyłączników). Materiały wykonawca miał dostarczyć zgodnie z wytycznymi realizacji budowy. Uzgodnienia odnośnie szczegółowego sposobu wykonania robót oraz doboru materiałów – kolorystyka, faktura, gatunek, itp., miały zostać dokonane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Wynagrodzenie za prace dodatkowe, których strony nie przewidywały lub nie mogły przewidzieć miały być ustalone w drodze odrębnego pisemnego porozumienia.

Pozwany zawarł powołaną umowę oraz realizował inwestycję, której ona dotyczyła, jako wspólnik spółki cywilnej z T. K..

W załączniku nr 2 do tej umowy określono realizację poszczególnych zakresów i ich wartość. Roboty rozbiórkowe, obejmujące tynki, ściany, sufity, posadzki, wykopy wraz z wywiezieniem gliny i utylizacją zostały wycenione na kwotę 102.460 złotych netto. Roboty instalacyjne, obejmujące roboty elektryczne, puszkę, przewody, roboty hydrauliczne, rury wodne, c.o., kanalizacyjne, roboty murarskie, zamurowania przebić, przesklepiania na otworami, stolarkę okienną, ścianki działowe, posadzki cementowe, wnęki podokienne, łącznie zostały wycenione na kwotę 197.540 złotych netto. Roboty różne, obejmujące sufity podwieszane, tynki renowacyjne, przepone poziomu ścian, schody wewnętrzne i zewnętrzne, wnęki podokienne, zostały wycenione na kwotę 82.000 złotych netto. Prace wykończeniowe, obejmujące okładziny schodów, posadzek, osadzenie parapetów, szpachlowanie ścian, roboty malarskie, stolarkę drzwiową, balustrady i poręcze schodowe, biały montaż, gniazda, lampy, grzejniki, umywalki, baterie, klamki, sprzątnięcie po robotach, zostały wycenione na kwotę 98.000 złotych. W załączniku tym wskazano, że prace dodatkowe, obejmujące roboty na zewnątrz obiektu, wejście i otoczenie – gdy brak projektu, zamiany materiałów – w wypadku różnic cenowych in plus; rozszerzenia zakresu robót sufity, kraty, docieplenia, tynki, elewacja, obróbki zewnętrzne; zmiany projektowe nieistotne rozbiórki, zmiany itp.; roboty dodatkowe nie wynikające z projektu a zlecone dodatkowo miały być wykonane do 30 września 2009 roku (roboty z opisu prac do dnia 15 lipca 2009 roku) a ich wartość określona według wyceny rzeczywistej.

W celu realizacji inwestycji sporządzony został projekt budowlany obejmujący projekt architektoniczno-technologiczny, projekt instalacji sanitarnych, projekt instalacji wentylacji, projekt instalacji elektrycznych.

Zawarcie umowy zostało poprzedzone ofertą sygnowaną przez Firma Budowlana (...), w której wykonanie robót obejmujących roboty elektryczne, w tym demontaż, instalacja oświetleniowa, gniazda, wykonanie tablic wewnętrznych rozdzielczych na oświetlenie, gniazda oraz wentylacja i klimatyzacja zostały; roboty sanitarne, w tym

instalacja centralnego ogrzewania, wodno-kanalizacyjna, wentylacja, klimatyzacja; roboty rozbiórkowe kompletne (demontaż urządzeń, tynków stropów, wykopy, posadzki, itp.); przepona pozioma ścian; roboty murowe (wykonanie ścian, zamurowanie otworów, przebicie nowych wraz z przesklepieniami); roboty tynkarskie (tynk renowacyjny systemowy 340 m², zwykły cementowo-wapienny 400 m²); stolarka drzwiowa i okienna; sufity podwieszane; schody wewnętrzne i zewnętrzne, posadzki w piwnicy, posadzki na parterze, parapety; obudowy lekkie kartonowo-gipsowe, ścianka z luxferów; ślusarskie, poręcze, barierki schodowe; malowanie, szpachlowanie, płytki ścienne, itp.; a nadto koszt ubezpieczenia i pozwolenia na użytkowanie – zostały wycenione z materiałem na kwotę 491.948 (suma kwot częściowych) złotych. Na ofercie znajduje się odrębna adnotacja o uzgodnieniu kwoty wykonania jako ostatecznej, w wysokości 480.000 złotych netto + VAT.

Dowody : - oferta wykonania robót z materiałem (k. 157);

- umowa z dnia 1 lutego 2009 (k. 15-16);

- przesłuchanie pozwanego (rozprawa w dniu 27 stycznia 2015 roku – k. 480, 486);

- załącznik nr 2 do umowy z dnia 1 lutego 2009 (k. 94)

- dokumentacja projektowa (k. 26-56, 260-299).

W dniu 8 stycznia 2010 roku A. W. wezwała pozwanego do rozliczenia robót dodatkowych oraz użycia materiałów zamiennych podczas przebudowy lokalu, którego dotyczyła umowa z dnia 1 lutego 2009 roku. Jako prace dodatkowe wskazała: roboty na zewnątrz budynku, wejścia i otoczenie, na które nie było projektu, zamiany materiałów – różnice cenowe in plus; rozszerzenie zakresu robót sufitów, kart, dociepleń, tynków, elewacji, obróbek zewnętrznych; zmiany projektowe – nieistotne rozbiórki, zamiany, itp. Wskazała, że wartość prac dodatkowy wyniosła kwotę 205.171,78 złotych.

Pozwany pismem z dnia 16 stycznia 2010 roku powiadomił pełnomocnika A. W., że do tego dnia nie może dokonać rozliczenia robót wykonanych przez Firmę Budowlaną (...), gdyż jest uwarunkowane dokonaniem bezusterkowego odbioru robót, którego wykonawca nie uzyskał. Oświadczył, że nie zgadza się z przedstawionym wyliczeniem robót, natomiast wyraził gotowość przystąpienia do rozmów po usunięciu wszystkich zgłoszonych usterek.

Pismem z dnia 5 maja 2010 roku pełnomocnik A. W. odniósł się do żądania pozwanego o zapłatę kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. W piśmie tym między innymi podniósł, że w czasie remontu okazało się konieczne osuszanie piwnic specjalistycznym sprzętem, co trwało 3,5 miesiąca. Podniósł nadto, że znacząco zmienił się zakres prac zleconych, o czym świadczy wartość robót dodatkowych, wynosząca prawie 40% wartości robót objętych umową z dnia 1 lutego 2009 roku.

Pełnomocnik pozwanego pismem z dnia 5 lipca 2010 roku stwierdził między innymi, że zapłacił wykonawcy łącznie kwotę 547.398,80 złotych. Wskazał na błąd w sumowaniu wynagrodzenia za roboty dodatkowe – winno być 174.051,65 złotych brutto (212.343,01 złotych brutto) a nie 198.356,88 złotych netto. Zgłosił do ostatecznego rozliczenia głośił do ostatecznego rozliczenia pomiędzy stronami: pomniejszenie ryczałtu o wartość niewykonanych robót plus materiały, upust za wady trwałe, kary umowne za przekroczenie terminów zakończenia robót i usunięcia usterek, korektę do rozliczenia robót dodatkowych. Wskazał na potrzebę spotkania celem wyjaśnienia spornych kwestii a następnie dokonania ustaleń i rozliczeń całości z uwzględnieniem stanu faktycznego i postanowień umowy. Zwrócił uwagę, że naliczenie kar umownych za zwłokę (wykonanie i usterek) obejmuje okres od 31 lipca 2009 roku do 13 marca 2010 roku, to jest 180 dni i stanowi kwotę 432.000 złotych.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2010 roku pełnomocnik pozwanego przedstawił A. W. rozliczenie robót podstawowych, w którym od kwoty ryczałtu na podstawie umowy z dnia 1 lutego 2009 roku odjął upust za wady trwałe i naprawę

pieca w kwocie 93.324 złotych brutto. Wskazał, że zapłacił wykonawcy kwotę 547.398,80 złotych, zwrócił uwagę, że wykonawca nie wystawił faktury na kwotę 191.998,80 złotych przez co istnieje nadpłata w kwocie 29.874,80 złotych. W sprawie robót dodatkowych stwierdził, że dokonane przez wykonawcę rozliczenie zostało dokonane wbrew postanowieniom umownym wraz z załącznikami i dokumentacją projektową. Stwierdził dalej, że nie można uznać za roboty dodatkowe robót w zakresie instalacji elektrycznej, instalacji sanitarnej, instalacji klimatyzacyjnej, rozbiórkowych, stolarki drzwiowej, wlotów wentylacji i zewnętrznych, okładzin schodów, parapetów i posadzek, barier, poręczy i balustrad, drzwiczek rewizyjnych i kominiarskich, wynajmu osuszaczy, próbek kolorów. Wskazał, że za izolację ściany piwnicznej od strony podwórza płatnikiem ma być Wspólnota Mieszkaniowa. Jako do odrębnego rozliczenia wskazał posadzki z kamienia (sprawa obmiaru, ceny oraz ustalenia różnicy w stosunku do przewidzianych w umowie podstawowej, na podstawie szczegółowej kalkulacji powykonawczej, której zażądano podnosząc, że jest to niezbędne z uwagi na treść art. 647¹ k.c.). Pismem tym wezwał też wykonawcę do zapłaty kwoty 144.000 złotych tytułem kar umownych za opóźnienia w wykonaniu robót oraz w usunięciu usterek, w terminie do dnia 3 września 2010 roku.

A. W. (oznaczenie z pisma wszczynającego postępowanie sądowe) wniosła pismem nadanym w dniu 12 sierpnia 2012 roku do Sądu Rejonowego Szczecin Prawobrzeże i Zachód w S. o zavezwanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie zapłaty kwoty 212.343 złotych brutto za roboty dodatkowe wykonane przy przebudowie lokalu pozwanego. Pozwany wzywał wykonawcę do usuwania stwierdzonych awarii nagrzewnicy i wentylatora

Dowody: - korespondencja pomiędzy stronami (k. 18-24, 172-174)

- wniosek o zavezwanie do próby ugodowej (k. 25).

Postanowieniem z dnia 20 listopada 2012 roku Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie ogłosił upadłość A. W. obejmującą likwidację jej majątku.

Dowód: postanowienie SR Szczecin-Centrum w S., XII GU 113/12

W dniu 20 października 2009 roku J. W., reprezentujący A. W. w ramach realizacji umowy z pozwanym jako kierownik budowy, oświadczył, że roboty zostały wykonane z godnie z decyzją nr (...) i projektem budowlanym, zaś nieistotnym odstępstwem od projektu była rezygnacja ze ścianek działowych w pomieszczeniu magazynowym 01/02 i 01/03, zamontowanie dodatkowo okna w istniejących otworach w pomieszczeniu 01/05 – łazienka, pomieszczenie pod schodami wewnętrznymi oraz zamontowano blachy stalowe grubości 3 mm na ścianie wewnętrznej od strony klatki schodowej i zamaskowano ścianką grubości 12 cm z silki. Podsumował, że wszystkie te prace zostały wykonane w pomieszczeniach piwnicznych. Oświadczył, że teren budowy został doprowadzony do należytego stanu. Zapewnił, że wykorzystane materiały posiadają atesty i aprobaty techniczne.

W dniu 6 stycznia 2010 roku pozwany odebrał dostawę i montaż stolarki okiennej i drzwiowej, zewnętrznej i wewnętrznej od (...) i (...) spółka jawna z siedzibą w S.. W dniu 12 listopada 2009 roku pozwany odebrał wykonanie i montaż barier schodów zewnętrznych, krat okiennych, barier otaczających teren przed kliniką oraz wewnętrznych barier z mosiądzu od firmy (...), zapłacił też temu wykonawcy łącznie kwotę 25.340 złotych. Z uwagi na kradzież w trakcie budowy, w związku z niezapewnieniem przez wykonawcy ochrony obiektu, pozwany wykupił jego dozоровanie na podstawie umowy z Cerber – Biuro Ochrony Osób i Mienia w S..

Pozwany finansował wykonanie niektórych prac oraz zakup niektórych materiałów. Między innymi montaż instalacji alarmowej i monitorowanego systemu alarmowego, kupno i montaż lamp, materiały elektryczne i przyłącze elektryczne, materiały malarskie, sanitarne (umywalki, zlewozmywaki, baterie). Za okna z montażem zapłacił dostawcy kwotę 14.937 złotych, za drzwi przesuwne kwotę 923 złotych, za elementy granitowe łącznie 6.550 złotych, za wymianę uszkodzonych szyb 889 złotych. Zapłacił za dodatkowe prace M. J. – podwykonawcy A. W., kwotę 6.125 złotych.

Pozwany zwrócił się do (...) w S., zarządcy budynku, w którym znajdowały się adaptowane przez pozwanego pomieszczenia, o wykonanie izolacji pionowej przeciwwilgociowej ścian piwnicznych znajdujących się pod lokalem od strony Alei (...). Zaznaczył, że wykonał izolację od strony piwnic, jednak nadal pojawia się wilgoć, co uniemożliwia wykonanie prac wykończeniowych. W dniu 1 września 2009 roku Mieszkańcy Wspólnoty Mieszkaniowej (...) podjęli uchwałę o wyrażeniu zgody na wykonanie izolacji pionowej ścian piwnic w granicach lokalu mieszkalnego nr (...) i upoważnili (...) do podpisania umowy z wykonawcą. W § 2 uchwały zdecydowali, że prace zostaną wykonane na koszt Wspólnoty Mieszkaniowej i pozwanego w wymiarze po 50 %. J. W. przedstawił kosztorys pionowej izolacji ścian piwnicy zgodnie z podjętą chwałą zaś inspektor nadzoru z (...) go zweryfikował i zaakceptował na kwotę 12.398,59 złotych. Pozwany zapłacił połowę tej kwoty. Wykonawca nie wystawił faktury na pozostałą kwotę w stosunku do zarządcy wspólnoty mieszkaniowej.

M. K., jako przedstawiciel pozwanego w czasie trwania inwestycji do kontaktów z kierownikiem budowy J. W., jako przedstawicielem wykonawcy, wyceniła koszt poprawek robót wykonawcy oraz wartość robót niewykonanych na kwotę 37.633,84 złotych netto.

W toku prac dochodziło do zmian w sposobie wykonania niektórych robót, Zmieniono sposób wykonania schodów wejściowych z pełnych na ażurowe, usytuowanie ścian i grzejników, usytuowanie drzwi, aranżację wejścia do gabinetu, wykonano dodatkowe okno w łazience, czego koszt pokrył pozwany, pogłębiono podłoże pod posadzkę w piwnicy, wykonano część ściany zewnętrznej z pustaka szklanego, nie wykonano klimatyzacji ani „montażu białego”. Zrezygnowano ze ścian działowych w pomieszczeniach piwnicznych, z płytek ściennych, co zastąpiono malowaniem. Zaszła konieczność wymiany skorodowanej rury, zrezygnowano z rolet zewnętrznych na oknach na rzecz szyb antywłamaniowych.

Dowody: - pismo pozwanego do zarządcy wraz z odpowiedzią i uchwałą wspólnoty

mieszkaniowej (k. 231-233)

- kosztorys izolacji pionowej ścian piwnicy (k. 244-249);

- wycena prac poprawkowych oraz ustalenie wartości prac

niewykonanych (k. 251-256);

- dowody wpłat, faktury, protokoły odbiorów dokonywanych przez

pozwanego, umowy zawarte przez niego w związku z realizowaną

inwestycją (k. 166, 170-171, 207-230, 234-243, 250, 257-259);

- kosztorysowa wycena prac poprawkowych (k. 251-256);

- zeznania świadków: J. W. (rozprawa w dniu 25 lipca

2014 roku – k. 341-345, 349), A. W. (rozprawa

w dniu 25 lipca 2014 roku - k. 345-347, 349), M. K.

(rozprawa w dniu 30 września 2014 roku – k. 364-369), M.

J. (rozprawa w dniu 7 listopada 2014 roku – k. 437-348,

444),

M. T. (rozprawa w dniu 7 listopada 2014 roku – k. 439,

444), I. S. (rozprawa w dniu 7 listopada 2014 roku – k.

440-441, 444), R. N. (rozprawa w dniu 7 listopada 2014

roku – k. 441-442, 444);

- przesłuchanie pozwanego (rozprawa w dniu 7 listopada 2014 roku – k.

480-484, 486).

Ocena dowodów.

Ustaleń co do treści stosunku prawnego pomiędzy upadłą A. W. z pozwanym dokonano na podstawie dowodów z dokumentów. Ponieważ roszczenie strony powodowej dotyczyło zapłaty za roboty dodatkowe, dowodów w zakresie wykazania tych robót, zarówno co do ich wyspecyfikowania, jak i ich wartości, należało, chcąc respektować normę art. 232 k.p.c., oczekiwać od niej.

Umowa pisemna z dnia 1 lutego 2009 roku o roboty budowlane, określając przedmiot umowy jako wykonanie przebudowy lokalu pozwanego wraz z piwnicami na zespół gabinetów dermatologicznych, co do szczegółowego zakresu robót zawierała odesłanie do załącznika nr 1 do tej umowy. Strona powodowa nie złożyła jednak tego załącznika, tym samym nie przedstawiła dowodu, w oparciu o który możliwe byłoby ustalenie, jaki był szczegółowy zakres prac upadłej A. W.. Powyższe ma znaczenie wobec ustalenia we wzmiankowanej umowie, że wynagrodzenie za roboty ustala się jako ryczałtowe. Będzie o tym jeszcze mowa w dalszej części uzasadnienia.

Umowa ta zawierała też postanowienie w sprawie procedury uzgadniania robót dodatkowych. W pozwie wskazano, że przedmiotem umowy było także wykonanie prac dodatkowych, co zostało opisane w sposób odpowiadający treści załącznika nr 2 do umowy z dnia 1 lutego 2009 roku, natomiast załącznika tego strona powodowa nie przedstawiła, nie wniosła też o dopuszczenie dowodu z tego dokumentu. Przedstawił go pozwany. Strona powodowa nie przedstawiła też jakiegokolwiek dowodu na okoliczność uzgodnień, których procedura w sprawie robót dodatkowych została postanowiona w § 4 umowy z dnia 1 lutego 2009 roku (in fine).

Oprócz umowy pomiędzy stronami światło na zakres robót A. W., jako wykonawcy, rzuca treść jej oferty poprzedzającej zawarcie umowy. Również ten dokument został przedstawiony przez pozwanego, a nie przez stronę powodową. Ogólnikowe zestawienie robót dodatkowych załączone do pozwu nie pozwala na szczegółową weryfikację w konfrontacji z treścią oferty (w tym przy pomocy opinii biegłego, o czym będzie jeszcze mowa), natomiast jednocześnie treść tego zestawienia nie wskazuje na odstępstwa zakresu robót, w tym wymienionych w zestawieniu, w stosunku do przedstawionego w ofercie (k. 157).

Dołączone do pozwu zestawienie robót i materiałów dodatkowych może być traktowane wyłącznie jako stanowisko strony, dokument mający to znaczenie, że stanowi specyfikację części składowych kwoty, o której zasądzenie od pozwanego wystąpiła strona powodowa. Dowody, które strona powodowa przedstawiła wskazują jedynie na wystąpienia do pozwanego o zapłatę za roboty dodatkowe, przy czym trzeba zauważyć, że kwota wskazana w wystąpieniu z dnia 8 stycznia 2010 roku nie jest tożsama z kwotą żądaną w pozwie (k. 18). Dopiero z pisma pełnomocnika pozwanego, załączonego do pozwu a będącego stanowiskiem pozwanego wobec żądania zapłaty za roboty dodatkowe, można w sposób ogólny dedukować o zakresie robót objętych umową z dnia 1 lutego 2009 roku. Trzeba jednak też zauważyć, że sam pozew, dość lakoniczny wobec specyfiki żądania, jako sumy wielu składowych, za różne składowe świadczenia wykonawcy robót dodatkowych, nie zawiera wskazania robót objętych umową, a więc tych, do których można by było przyporządkować umówiony ryczałt. Również powyższe ma znaczenie materialnoprawne, o czym będzie mowa niżej.

Rzecz jasna można byłoby posługiwać się przy ustalaniu podstawy faktycznej powództwa dowodami przedstawionymi przez pozwanego, bowiem to pozwany przedłożył jeden z załączników do umowy z dnia 1 lutego 2009 roku, mogący

rzucić światło na wyszczególnienie robót, które wykonawca zobowiązał się wykonać na zamówienie pozwanego. Trzeba jednak pamiętać, że w egzemplifikacją powołanej już wyżej normy art. 6 k.c. w procesie cywilnym jest wymaganie dowodzenia faktów od tego, który twierdzi, a nie tego, który zaprzecza. Tak należy rozumieć powinność dowodzenia wynikającą z art. 232 k.p.c.

Innymi słowy, to strona powodowa miała w niniejszym procesie udowodnić, że wykonała roboty dodatkowe ponad zakres określony umową, za który ta umowa przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe, oraz wykazać wartość tych robót. Trzeba stanowczo stwierdzić, że strona powodowa temu obowiązkowi nie sprostała.

W sprawie wykazania robót, które strona powodowa uważa za roboty dodatkowe, porzeczono na dołączeniu do pozwu wyłącznie wzmiankowanego już, ogólnikowego zestawienia tych robót. Nie przedłożono żadnych dowodów ich wykonania, choć z samego zestawienia wynika, że strona powodowa takie dowody powinna posiadać (przy specyfikowaniu poszczególnych pozycji poniesionych nakładów powołano załączniki, których jednak nie przedłożono). Nie da się wytłumaczyć takiego zaniechania dowodowego strony inicjującej postępowanie. Należy zwrócić uwagę, że również podczas rozprawy w dniu 27 maja 2014 roku cofnięty został wniosek o uzupełnienie dowodów o dowody w postaci dokumentów z akt IC 367/13, postępowania prowadzonego w tutejszym Sądzie z powództwa A. K. i T. K. o zapłatę kar umownych. Pozwany wnosił o przeprowadzenie dokumentów z tych akt jedynie na okoliczność legitymacji biernej w niniejszym procesie. Kwestia ta nie budziła wątpliwości, toteż nie było potrzeby, bez istotnego wniosku dowodowego, sięgania do tych akt.

Jak już była mowa, strona powodowa nie przedłożyła nawet dokumentów umownych pozwalających na ustalenie zakresu robót objętych ryczałtowym wynagrodzeniem. Nie doprowadziło do usunięcia tego braku dowodowego przeprowadzenie dowodów z zeznań wnioskowanych w pozwie świadków.

Wprawdzie świadkowie J. W., A. W. i I. S. wskazywali na roboty dodatkowe, jednak, po pierwsze, faktów podanych w tych zeznaniach nie można odnieść do zakresu umownego robót, skoro strona powodowa nie przedstawiła twierdzeń ani dowodów w tym zakresie, po drugie, zgodne są jedynie zeznania J. W. i A. W. jednak zgodność ta nie jest istotnym walorem w sytuacji gdy A. W. relacjonowała fakty, o których dowiedziała się od J. W., po trzecie, wiarygodność zeznań upadłej i jej męża musi być weryfikowana z uwzględnieniem, że są to osoby zainteresowane wynikiem sprawy w sytuacji gdy upadła jest legitymowaną materialnie, po czwarte, właśnie w związku z koniecznością przeprowadzenia takiej weryfikacji należy uwzględnić to, że świadek I. S., który był zastępcą J. W. jako kierownika budowy, poza wskazaniem na dodatkowe osuszanie ścian piwnic, o czym jeszcze będzie mowa, zeznał o zmianach usytuowania gniazdek elektrycznych, rodzaju blachy z której wykonywane były parapety zewnętrzne, zmianie oświetlenia schodów do piwnicy, natomiast nie pamiętał zmian, czy prac dodatkowych wskazanych przez J. W. w jakimkolwiek innym zakresie.

Właściwie jedynym częściowym potwierdzeniem wskazań J. W. co do robót dodatkowych było zeznanie świadka M. K., świadka wnioskowanego przez pozwanego, a nie przez stronę powodową. M. K. przyznała, że nastąpiła zmiana sposobu wykonania schodów, choć nie przyznała, że zastosowane rozwiązanie było droższe (nota bene nie twierdził tego wyraźnie również J. W.), przyznała malowanie zewnętrzne od strony frontowej, przy czym – jak już była mowa, na podstawie dokumentów przedłożonych przez stronę powodową do pozwu nie było możliwe ustalenie, czy praca ta mieści się w zakresie robót objętych ryczałtem, wymianę skorodowanej rury wodnej, której wartość prac wyniosła 137 złotych, pogłębienie wykopu pod posadzkę w piwnicy, rozebranie zamurowanego otworu i wstawienie ściany z pustaków szklanych, zmianę usytuowania drzwi, sytuację przestawienia grzejników centralnego ogrzewania. Wreszcie przyznała konieczność wykonania izolacji zewnętrznej ścian piwnicznych. To przyznanie nie wskazuje na prace dodatkowe, tylko na modyfikacje szczegółów wykonawstwa umówionego już zakresu, bądź prace, które poprzedzają, jako ich nieodłączna część, prace wykonawcze co do końcowego efektu.

W sprawie izolacji pionowej jednej ze ścian zewnętrznych należy stwierdzić, że strona powodowa nie przedstawiła, podobnie jak co do innych robót dodatkowych, uzgodnienia co do ich wykonania, jako robót nie objętych ryczałtem. Nadto, pozwany przedstawił dowody na okoliczność przeprowadzenia procedury włączenia się w umówienie i

finansowanie tych prac przez wspólnotę mieszkaniową mieszkańców budynku, w którym miała miejsce inwestycja wskazana w umowie z dnia 1 lutego 2009 roku. Nie ma podstaw do negowania twierdzenia pozwanego, że tą część płatności, która w świetle tej procedury przypadła na niego, wykonał. Strona powodowa nie wyjaśniła, dlaczego, wiedząc o przyjęciu finansowania tych prac przez wspólnotę mieszkaniową, już choćby z tego tytułu, że upadła realizowała te prace na podstawie kosztorysu zweryfikowanego przez inspektora nadzoru ze strony zarządcy budynku, wykonawca nie wystąpił do Wspólnoty o pozostałą płatność.

Zeznania pozostałych świadków, których wiarygodność nie budzi istotnych wątpliwości, będących przede wszystkim podwykonawcami upadłej, nie pozwalają na stwierdzenie, że upadła wykonała roboty dodatkowe ponad przewidziane umową.

Świadek M. J. zeznał, że miał zamontować grzejniki standardowe natomiast zamontował kolorowe, jednak również przyznał, że kwotę podwyższenia wynagrodzenia z tego tytułu otrzymał od pozwanego (k. 438 i k. 405). Wprawdzie strona powodowa oświadczyła od razu, że tej kwoty nie żąda, co faktycznie zostało wskazane w zestawieniu dołączonym do pozwu, jednak wskazuje również, że pozwany finansował część prac i materiałów, choć w świetle umowy nie spoczywał na nim taki obowiązek (§ 7 ust. 1 umowy). Świadek ten przyznał jednocześnie, że zamontowana została wadliwa nagrzewnica, a także to, że montowany był używany kocioł centralnego ogrzewania, a miał być instalowany nowy. Przyznał nadto, że doszło do włamania do lokalu, w którym upadła wykonywała roboty zamówione przez pozwanego. Świadek ten został zobowiązany na wniosek strony powodowej do przedstawienia kosztorysu, na który powoływał się w czasie zeznań, natomiast już po rozprawie pisemnie oświadczył, że takiego kosztorysu nie odnalazł (k. 461).

Świadek M. T., realizujący pracę w zakresie posadzek, stwierdził, że poprawiał ułożone już płytki z uwagi na zastrzeżenia pozwanego, jednak nie zwiększyło to jego wynagrodzenia. Należy zauważyć, że sprawa ponownego ułożenia płytek granitowych była mocno podnoszona przez J. W. podczas jego zeznania, nadto pozycja obejmująca posadzki, schody, parapety i półki z granitu została wyspecyfikowana w zestawieniu załączonym do pozwu jako koszt w wysokości 40.296,10 złotych netto.

Świadek K. P. był niedoszłym wykonawcą stolarki okiennej, więc jego zeznanie nie ma istotnego znaczenia dla ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie, zwłaszcza że zestawienie strony powodowej nie obejmuje tego zakresu.

Świadek R. N. zeznał, że zmieniał położenie niektórych gniazd instalacji elektrycznej oraz usytuowanie niektórych lamp i wystąpił o dodatkowe wynagrodzenia w stosunku do swojego zamawiającego, które uzyskał po dochodzeniu go przed sądem. Kwestia odniesienia zmian, o których zeznał ten świadek do sytuacji uzgodnienia przez strony wynagrodzenia ryczałtowego, będzie przedmiotem oceny prawnej.

Strona powodowa wniosła w pozwie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność ilości i wartości robót dodatkowych, nie objętych zleceniem podstawowym”. Teza ta, przedstawiona w sposób ogólny, przy braku ze strony powodowej materiału procesowego, który mógłby zostać poddany badaniu przez biegłego poprzez zasięgnięcie jego wiadomości specjalnych, wymagała uszczegółowienia, a nadto wskazania materiału, z którego biegły miałby skorzystać opracowując opinię na podstawie postanowienia o dopuszczeniu i przeprowadzeniu dowodu. Zwrócono na to uwagę stronie powodowej podczas rozprawy w dniu 27 stycznia 2015 roku (godzina 2:21:30 – 2:23:00). Wskazano, że to nie biegły ma dokonywać ustaleń co do faktów, lecz fakty te powinna podawać i wykazywać strona, na której spoczywa ciężar dowodu, w tym wypadku fakty w postaci konkretnych robót dodatkowych, zaś biegły może dokonywać oceny ich jakości, wartości oraz oceniać, czy roboty te wykraczają poza zakres objęty ryczałtem na podstawie umowy. Pełnomocnik strony powodowej wskazywał na możliwość porównania projektów przedłożonych przez pozwaną, pozostawał jednak w błędnym przekonaniu, że pozwany przedstawił dwa różne projekty, z których drugi jest powykonawczy, podczas gdy projekty te niczym się od siebie nie różnią. Wskazano na to podczas tej samej rozprawy (godzina 2:23:00-2:24:10).

Strona powodowa błędnie przyjęła, że o zakresie robót podstawowych na podstawie umowy z dnia 1 lutego 2009 roku decyduje dokumentacja projektowa, podczas gdy z treści tejże umowy wynika, że wykonawca zobowiązał się: a) do

wykonania adaptacji pomieszczeń mieszkalnych i piwnicznych zgodnie z projektem budowlanym wielobranżowym; b) do wykonania robót wymienionych w załączniku nr 1 do umowy. Należy zauważyć ponownie, że strona powodowa tego załącznika nie przedłożyła. Ponadto z powołanej umowy wynika, że wybór materiałów, które upadła, jako wykonawca, miała dostarczyć pozostawiony został uzgodnieniu pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, w zakresie kolorystyki, faktury i gatunku i szczegółowego ich wbudowania (§ 7 ust. 1 umowy). Tym samym ustalenia te nie miały wynikać z wytycznych projektowych.

Powyższe postanowienia oznaczają, i daje się to wytłumaczyć treścią dokumentacji projektowej, która nie zawiera szczegółowego wyspecyfikowania robót objętych ryczałtem, że to nie projekt miał wskazywać specyfikację robót objętych ryczałtem umownym, lecz umowa z załącznikiem nr 1 i uzgodnienia szczegółowe. Trzeba zauważyć, że umowy o roboty budowlane zwykle nie powołują się na treść projektu przy określeniu szczegółowego zakresu robót, natomiast wskazują na projekt odnosząc go do oczekiwań co do sposobu wykonania zamówienia (przedstawiono to podczas rozprawy w dniu 27 stycznia 2015 roku (godzina 2:26-2:30)).

Strona powodowa została zobowiązana na tej samej rozprawie do wskazania materiału procesowego, z którego miałby korzystać biegły zgodnie z wnioskiem strony powodowej. Był to warunek konieczny, którego wypełnienie determinowało dokonanie rozważań co do tego, czy ogólnikowa teza dowodowa tego wniosku jest adekwatna do możliwości sięgnięcia przez biegłego do materiału procesowego wskazanego przez powoda oraz wykonania ewentualnych oględzin. Strona powodowa wskazała na dokumentację projektową i powykonawczą oraz zestawienie robót oraz materiałów dodatkowych z uwzględnieniem zeznań świadków i przesłuchania stron. Według strony powodowej biegły miałby „dokonać wyceny robót dodatkowych nie objętych zleceniem podstawowym” a także „własnych ustaleń co do ilości i jakości przedmiotowych prac, poprzez porównanie zakresu robót ustalonych w umowie i projekcie a faktycznie wykonanych”.

Powinno być oczywiste, że nie chodziło w zobowiązaniu powoda do wskazania materiału procesowego poprzez przytoczenie tego, co strona powodowa już przedstawiła, a więc ogólnikowej tezy dowodowej oraz ogólnikowych wskazań co do materiałów źródłowych do badań biegłego, nie dających podstaw do przedstawienia biegłemu założeń do opinii. To stanowisko było już sądowi znane. Chodziło o wszechstronne wskazanie materiału procesowego, nie wykluczając nowości w zakresie dowodów, po to, by można było mówić o potrzebie zasięgnięcia wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. Podtrzymanie wniosku dowodowego dotyczącego opinii biegłego w takim kształcie jak wskazany w pozwie, bez przedstawienia materiału procesowego, który poddawałby się ocenie co do wyszczególnienia robót dodatkowych, a więc nie objętych ryczałtem umownym, oraz zlecenie dokonania ich wyceny, prowadziłoby do niemożliwości wydania opinii przez biegłego bez dokonania przez niego dodatkowych ustaleń, a w szczególności dokładnego ustalenia zakresu umownego robót, objętego ryczałtem, następnie dokładnego zakresu robót wykonanych przez A. W., które by poza ten zakres wykraczały. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi oceny zebranego materiału, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona być natomiast źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2006 roku, V CSK 11/06). Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z reguły może nastąpić dopiero w chwili, gdy został już zgromadzony materiał dowodowy umożliwiający biegłemu wydanie opinii. Nie jest zatem dopuszczalne takie sformułowanie tezy dowodowej mającej stanowić przedmiot zainteresowania biegłego, która nakładałaby na tego biegłego obowiązek poszukiwania materiału dowodowego za stronę a zwłaszcza prowadziła do substytucji jej obowiązku zgłaszania twierdzeń w zakresie podniesionego żądania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 grudnia 2014 roku, I ACa 401/14).

Reasumując tą część rozważań należy stwierdzić, że skoro strona powodowa nie przedstawiła materiału, na którym biegły mógłby się oprzeć dokonując badania w kierunku ustalenia wynagrodzenia należnego za roboty dodatkowe, to wnioskowana przez niego opinia biegłego nie była przydatna dla dokonania ustaleń co do przedmiotu robót dodatkowych, ich zakresu i wartości. Dowód ten, podobnie jak pozostałe wnioskowane a nieprzeprowadzone dowody, co do których strony nie wypowiedziały się co do ich podtrzymania po przeprowadzeniu dowodu z przesłuchania stron,

zostały pominięte, jako nieprzydatne w świetle art. 227 k.p.c. i wobec braku punktu odniesienia w postaci ustalenia zakresu prac objętego ryczałtem umownym.

Strona powodowa nie ustosunkowała się także, mimo określenia jej odpowiedniego terminu, do twierdzeń pozwanego w sprawie poszczególnych punktów zestawienia robót dodatkowych załączonych do pozwu, pod rygorem przyjęcia, że stanowiska nie zajmuje. Zobowiązanie to nie zostało wykonane. Tłumaczenie strony powodowej sprowadzające się do stwierdzenia, że nie była przygotowana do odniesienia się do stanowiska pozwanego co do poszczególnych punktów przedłożonego do pozwu zestawienia robót i materiałów dodatkowych, nie wytrzymuje krytyki. Strona powodowa w ogóle nie odniosła się do wcześniejszych twierdzeń pozwanego, przedstawiającego stanowisko co do rozliczenia się z upadłą, nadto zobowiązanie, o którym mowa wyżej otrzymała mając już pismo pozwanego wskazujące ponownie na stanowisko co do zestawienia robót dodatkowych. Tym samym przedstawienie na rozprawie w dniu 17 lipca 2015 roku, a więc blisko 4 miesiące po odebraniu zobowiązania do zajęcia stanowiska w sprawie szczegółowego odniesienia się pozwanego do zestawienia robót załączonego do pozwu, sporządzonego przez J. W. rozwinięcia załączonego do pozwu zestawienia robót dodatkowych z materiałami, faktur za usługi i materiały, abstrahując od doniosłości tych dowodów, było spóźnione, toteż to stanowisko i przedstawione na jego poparcie dowody, podlegały pominięciu na podstawie art. 217 § 3 k.p.c.

Ocena prawna.

Roszczenie strony powodowej zostało wywiedzione jako żądanie zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe, ale na podstawie umowy z dnia 1 lutego 2009 roku. Zgodnie z § 4 tej umowy wynagrodzenie za prace dodatkowe miało być ustalone w drodze odrębnego pisemnego porozumienia. Regulacja ta, choć nieprecyzyjna, wskazuje, że pisemne porozumienie było wymagane również do ustalenia zakresu robót dodatkowych. Inne rozumienie tego wymogu nie odpowiadałoby specyfice uzgadniania robót budowlanych, zwykle odwołującego się do różnego rodzaju wytycznych (np. określenie przedmiotu zamówienia, czasu jego wykonania, wynagrodzenia), zwłaszcza przy określeniu wynagrodzenia jako ryczałtowego. Z drugiej strony powołana regulacja przewidywała sytuację braku akceptacji kalkulacji wykonawcy, co jednak nie wykluczało wynagrodzenia za wykonanie dodatkowego zakresu, jedynie zmieniało sposób ustalenia wynagrodzenia.

Rozstrzygając wskazany dylemat należy przyjąć, że roboty dodatkowe zostały przewidziane w chwili zawarcia umowy, natomiast nieokreślony pozostał ich zakres, co pozostawiono owym „odrębnym pisemnym porozumieniem”. Jednocześnie przyjmujący zamówienie mógł żądać wynagrodzenia za roboty dodatkowe, nawet gdy nie uzgodniono go w odrębnym porozumieniu, na podstawie wskazanych w umowie cenników.

Strona powodowa nie powołała się na jakiegokolwiek porozumienie z pozwanym w sprawie uzgodnienia robót dodatkowych, ich zakresu i sposobu rozliczania. W takiej sytuacji wchodziło w grę wynagrodzenie na podstawie rzeczywistych nakładów na robociznę lub w oparciu o Katalogi Norm Rzeczowych i cen materiałów udokumentowanych przez wykonawcę na podstawie faktur.

W pozwie nie wskazano sposobu ustalenia wartości robót objętych załączonym do pozwu zestawieniem (k. 17). Nie wskazano też wielkości poszczególnych zakresów. Powołano się na załączniki do tego zestawienia, których strona powodowa nie przedstawiła.

Jak już była mowa nie wskazano też szczegółowych danych w sprawie zakresu robót na podstawie umowy z dnia 1 lutego 2009 roku. Tym samym nie było możliwe szczegółowe ustalenie, które z robót objętych załączonym do pozwu zestawieniem wykracza poza zakres robót podstawowych, objętych ryczałtem. Trzeba dodać, że gdyby uznać, że roboty objęte ryczałtem odpowiadają zakresowi określonymu w ofercie wykonawcy, to zestawienie to nie wykracza poza zakres tej oferty.

Strony umowy z dnia 1 lutego 2009 roku przewidywały wynagrodzenie ryczałtowe. Przepisy kodeksu cywilnego o umowie o dzieło nie zawierają regulacji w sprawie sposobu ustalania wynagrodzenia. Odesłanie z art. 656 k.c. nie obejmuje przepisów regulacji umowy o dzieło w zakresie wynagrodzenia. W orzecznictwie trafnie przyjmuje się, że

regulacja w sprawie kosztorysowego i ryczałtowego kształtowania wynagrodzenia ma zastosowanie w drodze analogii także do umowy o roboty budowlane (por. np. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 roku, III CZP 41/09; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 roku, III CSK 366/06).

W świetle art. 632 k.c., dotyczącego wynagrodzenia przyjmującego zamówienie w umowie o dzieło, stosowanego w drodze analogii do umowy o roboty budowlane, umówienie się o wynagrodzenie ryczałtowe uniemożliwia przyjmującemu zamówienie żądanie podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, przyjmujący zamówienie może natomiast dochodzić sądowego podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy, o ile wykonanie robót groziłoby mu rażącą stratą.

Stosowanie tej regulacji do umowy o roboty budowlane musi uwzględniać fakt, że przedmiot zamówienia zwykle ma charakter złożony, z licznymi odrębnymi elementami, przy czym wykonanie części tego przedmiotu też może być kwalifikowane jako wykonanie robót budowlanych. W związku z powyższym trafnie przyjmuje się w orzecznictwie, że dopuszczalne jest zastrzeżenie umowne umożliwiające modyfikację ryczałtu. W konsekwencji takiego postanowienia możliwe jest zwiększenie wynagrodzenia w wypadku robót dodatkowych, bądź jego zmniejszenie w razie zmniejszenia zakresu robót podstawowych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 roku, II CSK 389/14).

W umowie z dnia 1 lutego 2009 roku wynagrodzenie ryczałtowe określono jako niezmienne, a więc bez możliwości jego modyfikacji, w tym w sytuacji wyboru innych materiałów, niż brane pod uwagę przy ustaleniu wysokości wynagrodzenia, a to z uwagi na brzmienie § 7 ust. 1 powołanej umowy. Jednocześnie przewidziano możliwość ustalenia dodatkowego wynagrodzenia za prace dodatkowe. Wobec takiego uregulowania sprawy wynagrodzenia wykonawcy, może on ubiegać się o przyznanie wynagrodzenia przekraczającego kwotę ryczałtu tylko w razie wykazania, że wykonał takie roboty, które nie są objęte ryczałtem umownym. Trzeba dodać, że w świetle § 7 ust. 1 umowy, zmiana tego wykonania, wynikająca z dokonania na podstawie tego postanowienia wyboru materiałów, nie może stanowić robót dodatkowych. Tym samym podnoszone przez stronę powodową przeróbki i zmiany, czy to materiałowe, czy w szczególności wykonawstwa, nie mogą stanowić o wykonaniu przez upadłą prac ponad zakres objęty umową i wynagrodzeniem ryczałtowym, rozumianym jako wynagrodzenie niezmienne, o ile nie wystąpią inne prace niż przewidziane zakresem określonym załącznikiem nr 1 do umowy.

Jak już była mowa, strona powodowa tego nie wykazała. Nie przedłożyła też tej części umowy (załącznik nr 1), która wskazywała na zakres prac. Należy przywołać wszystkie przedstawione wyżej rozważania w tym zakresie.

Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Znaczenie materialnoprawne tej normy polega na tym, że skutek prawny, w niniejszej sprawie w postaci prawa do wynagrodzenia, którego domagała się w procesie strona powodowa, nie może wystąpić w sytuacji nie udźwignięcia przez nią tego ciężaru (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 roku, IV CSK 71/09).

Z tych względów powództwo musiało być oddalone. Trzeba jeszcze dodać, że choćby dało się stwierdzić, że pewne nakłady dokonane przez upadłą, jako wykonawcę, w związku z realizacją robót budowlanych na podstawie umowy z dnia 1 lutego 2009 roku, wykaczały poza zakres robót objętych ryczałtem, na co wskazywał pozwany w swoim stanowisku odnoszącym się do zestawienia robót załączonego do pozwu, to dochodzenie wynagrodzenia z tego tytułu, w sytuacji dokonania przez pozwanego licznych płatności za materiały i wykonawstwo podmiotów, które dostarczały materiały i wykonywały roboty objęte obowiązkiem przyjmującego zamówienie, bądź to jako podwykonawcy upadłej, bądź w jej zastępstwie, takich jak płatność dla dostawcy stolarki i podmiotu usuwającego usterki uniemożliwiające jej montaż, dostawcy balustrad i poręczy, dostawcy instalacji alarmowej i monitorowanego systemu alarmowego, sprzedawcy materiały elektryczne i przyłącze elektryczne, materiały malarskie, sanitarne (umywalki, zlewozmywaki, baterie), za drzwi przesuwne, za elementy granitowe, musiałyby być uznane za nadużycie prawa, a więc nie mogłyby korzystać z ochrony w świetle art. 5 k.c. Upadła nie wykonała części zakresu umownego prac, a za część nie zapłaciła, zaś kwota świadczeń pozwanego, wraz z kwotą wypłaconego upadłej wynagrodzenia, przewyższa umówiony ryczałt, stąd domaganie się wynagrodzenia w oderwaniu od sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania, bądź rezygnacji

z niektórych prac przez inwestora, narusza dobre obyczaje, rozumiane w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami jako obowiązek lojalności i uczciwości w obrocie gospodarczym.

Trzeba jednocześnie zauważyć, że nie można było brać pod uwagę w niniejszym procesie zgłoszonego dodatkowo przez pozwanego potrącenia. Zgodnie z art. 89 ust. 3 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, wierzyciel, który chce skorzystać z potrącenia, składa o tym oświadczenie nie później niż przy zgłoszeniu wierzytelności.

Rozstrzygając o kosztach należało, na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. i uwzględniając zasadę wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c., należało zasądzić od upadłej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2004 roku, IV CK 86/04; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 roku, III CSK 244/08; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011, V CZ 37/11) zwrot całości poniesionych kosztów celowych (art. 100 w zw. z art. 98 § 1 k.p.c.). Obejmują one wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone zgodnie ze stawkami radcowskimi wynikającymi z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz zasad ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, wraz ze zwrotem uiszczonych opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.