

MOSINA



Rada Miejska w Mosinie

Wpł. dnia 21.04.2017 r.

Nr sprawy BR.0003.682.2017

Mosina, 21 kwietnia 2017r.

**Burmistrz Gminy
Mosina**

Pani Małgorzata Kaptur
Przewodnicząca Rady Miejskiej
w Mosinie.

Stanisław Paweł Przewodnicząca,

Dotyczy: Odpowiedzi na wniosek nr BR.0003.682.2017 z dnia 7 kwietnia 2017r.

Odpowiadając na wniosek z dnia 7 kwietnia 2017r. złożony przez Radnego Rady Miejskiej w Mosinie - Pana Łukasza Kasprowicza, Burmistrza Gminy Mosina stwierdza co następuje, pozew przeciwko Gminie Mosina we wnioskowanej sprawie został złożony w dniu 15 marca 2013r. Gmina Mosina w przedmiotowej sprawie była reprezentowana przez Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisto & Topolewski spółka komandytowo - akcyjna do 31 stycznia 2015r. Natomiast od 5 lutego 2015r., przez Kancelarię Prawną - Dariusz Szymczak.

W załączeniu pisma przekazuję zanonimizowane Wyroki w Imieniu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 10 listopada 2015r., sygn. akt VI GC 83/13 oraz z dnia 26 stycznia 2017r. sygn. .akt. V ACa 266/16.

2 przedstawieni
Przemysław Mieloch
Z-ca Burmistrza
Przemysław Mieloch

Otrzymują:

1. Adresat;
2. Radny Rady Miejskiej w Mosinie - Pan Łukasz Kasprowicz;
3. aa.



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 listopada 2015 r.

Wydział VI Gospodarczy

Sąd Okręgowy w Toruniu
w składzie następującym
przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski
protokolant st. sekr. sądowy Dorota Kwiatkowska
po rozpoznaniu w dniu 27 października 2015 r. w Toruniu
na rozprawie
sprawy z powództwa J Z
przeciwko M P i Gminie Mosina
o zapłatę

- I. zasądza solidarnie od pozwanego M P i pozwanej Gminy Mosina na rzecz powoda J Z kwotę 231.966,67 zł (dwieście trzydzieści jeden tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt sześć 67/100) złotych z ustawowymi odsetkami:
- 1) od pozwanego M P
 - a) od kwoty 119.954,68 zł (dziewięćdziesiąt tysięcy trzysta siedemdziesiąt dwa 94/100) złotych od dnia 29 czerwca 2012 r.,
 - b) od kwoty 112.011,99 zł (sto dwanaście tysięcy jednaście 99/100) złotych od dnia 02 marca 2013 r.
 - 2) pozwanej Gminy Mosina od dnia 02 marca 2013 r.,

strona 2 wyroku z dnia 10 listopada 2015., sygn. akt VI GC 83/13

II. oddala powództwo w pozostałej części,

III. zasądza solidarnie od pozwanego M F i pozwanej Gminy Mosina na rzecz powoda kwotę 33.976,66 zł (trzydzieści trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt sześć 66/100) złotych, a ponadto od pozwanej Gminy Mosina kwotę 58,98 zł (pięćdziesiąt osiem 98/100) złotych tytułem kosztów procesu



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Przewodnicząca Sekretariatu



Uzasadnienie

Powód J Z domaga się zasądzenia solidarnie od pozwanych M P (dalej też jako pozwany 1 lub generalny wykonawca) i Gminy Mosina (dalej też jako pozwana 2, Gmina lub inwestor) kwoty 247.168,87 zł z ustawowymi odsetkami tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty podwykonawcze przy rozbudowie i remoncie budynku Ośrodka Sportu i Rekreacji – etap II – roboty wykończeniowe w Mosinie. Powód wskazał, że zawarł z pozwanym M P jako generalnym wykonawcą, umowę o wykonanie prac wykończeniowych budynku OSiR na stadionie w Mosinie. Na wykonanie przez powoda jako podwykonawcę robót wyraził zgodę inwestor Gmina Mosina.

Powód wyjaśnił, że dochodzi reszty wynagrodzenia z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/1/FVS w kwocie 130.000,00 zł, a ponadto kwoty 87.387,68 zł za roboty wykonane do dnia 28 maja 2012 r i kwoty 29.781,19 zł za wykonanie robót dodatkowych.

Pozwany 1 M P wniósł o oddalenie powództwa. Pozwany 1 podniósł zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda dochodzonymi pozwem swoich wierzytelności w wysokości 449.708,80 zł, przy czym w odniesieniu do wierzytelności powoda w kwocie 117.168,87 zł, nie wynikających z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/1/FVS, zarzut ten podniósł z ostrożności, kwestionując istnienie wierzytelności powoda w tym zakresie. Na wierzytelności pozwanego przedstawionych do potrącenia składają się m.in. koszt wykonania robót drogowych (202.104,99 zł) i kary umowne (83.200,00 zł), a ponadto dalsze wierzytelności stanowiące koszty zastępczego wykonania robót (k. 302-318).

Pozwana 2 Gmina Mosina wniosła o oddalenie powództwa podnosząc, że w wyniku dokonanego potrącenia przez pozwanego 1 wzajemnych wierzytelności doszło do ich umorzenia, a zatem wierzytelności dochodzone pozwem nie istnieją. Niezależnie od tego pozwana zakwestionowała roszczenia powoda o zapłatę kwoty 87.387,19 zł i 29.781,19 zł (k. 363-370).

Powód w piśmie przygotowawczym z dnia 13 maja 2013 r., stanowiącym replikę na odpowiedź pozwanych na pozew, podtrzymał żądanie pozwu i argumentację zawartą w jego uzasadnieniu (k. 448-455).

Pozwany 1 w piśmie przygotowawczym z dnia 30 września 2015 r., zobowiązany postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 09 września 2015 r. (00.35.36, k. 898), wyjaśnił zarzut potrącenia podniesiony w odpowiedzi na pozew i wskazał dokumenty, z którego wynikają jego wierzytelności, z wyjątkiem określonych w pkt 1, 8 i 16 (k. 901-903).

Powód w piśmie przygotowawczym z dnia 22 października 2015 r. odniósł się do twierdzeń zawartych w piśmie przygotowawczym powoda z dnia 30 września 2015 r. (k. 905-908).

Ustalenia faktyczne

Powód i pozwany 1 M P , prowadzą od wielu lat działalność budowlaną; znają się, gdyż byli najemcami lokali użytkowych w tym samym obiekcie we Włocławku.

Pozwana Gmina była investorem rozbudowy i remontu budynku Ośrodka Sportu i Rekreacji w Mosina – etap II – roboty wykończeniowe (dalej budynek, obiekt OSiR). Po przeprowadzeniu przetargu w trybie zamówienia publicznego pozwana 2 powierzyła wykonania obiektu pozwanemu 1 M F , jako generalnemu wykonawcy. Dokumentacja przetargowa przewidywała wykonanie w ramach inwestycji robót drogowych (dróg i parkingów).

Pozwany 1 (generalny wykonawca) wystąpił do powoda z propozycją wykonania robót w charakterze podwykonawcy i opracował projekt umowy.

W dniu 03 października 2011 r. pozwany 1 zawarł z powodem, jako podwykonawcą, umowę o wykonanie robót wykończeniowych w obiekcie OSiR, w tym robót ogólnobudowlanych. W wyszczególnieniu robót objętych umową strony nie wymieniły robót drogowych (§ 1), natomiast załączniki do umowy stanowiły m.in. kosztorys ofertowy (1), dokumentacja projektowa (2) i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (3), które wymieniały również prace drogowe.

Termin zakończenia robót ustalono na 30 maja 2012 r. (§ 10) oraz wskazano sytuacje, w których wykonawca może żądać jego wydłużenia (§ 11). Wynagrodzenie ryczałtowe strony umowy określili na 650.000,00 zł (§ 13). Ryczałt obejmował także

wynagrodzenie za roboty drogowe (drogi i parkingi). Rozliczenie miało następować fakturami częściowymi, według procentowego zaawansowania robót, na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót. Podwykonawca był zobowiązany do wystawiania faktur częściowych za poszczególne etapy robót na kwotę stanowiącą 80% wynagrodzenia wynikającego z harmonogramu, a pozostałe 20 % za dany etap miało być wypłacone na podstawie faktury końcowej (§ 14) oraz do informowania zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych w terminie 3 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania (§ 9 ust. 4). Podwykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,2% brutto wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (§ 19 ust. 1 lit. a). Załącznikami do umowy były kosztorysy, w tym obejmujący roboty drogowe na kwotę 129.834,54 zł brutto. Wycenę robót drogowych opracował sam powód na podstawie przedmiarów dostarczonych przez pozwanego 1.

Powód w dniu 29 marca 2012 r. zawiadomił inwestora, że jest podwykonawcą pozwanego 1 wykonującym roboty ogólnobudowlane na zadaniu inwestycyjnym. Inwestor zdawał sobie sprawę z tego, że powód jest podwykonawcą pozwanego 1 i wyraził na to zgodę.

Pozwany 1 we własnym zakresie wykonywał na obiekcie jedynie instalacje elektryczne. Pozostałe roboty wykonywali jego podwykonawcy, w tym powód.

Kierownikami robót ze strony powoda byli J L i W
H , kierownikiem budowy K W inspektorem nadzoru robót
budowlanych R C , inspektorem nadzoru robót sanitarnych J
Ż T . (§ 4 umowy). Inwestora reprezentowali A G
i W G

dowód:

- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596,
s. 2,

- odpis z CEIDG powoda, k. 23,

- zeznania pozwanego 1 M F , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599,
- odpis z CEIDG pozwanego 1, k. 24,
- SIWZ z załącznikami, k.25-58,
- umowa z dnia 03 października 2011 r. zawarta między powodem i pozwanym 1, k. 59-69,
- kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do umowy, k. 70-85,
- kosztorys robót drogowych stanowiący element kosztorysu ofertowego, k. 83,
- przyznanie pełnomocników stron, że ryczałt obejmował wynagrodzenie za roboty drogowe, rozprawa z dnia 09 września 2015 r., 00.04.36, k. 897,
- dokumentacja projektowa nadbudowy i przebudowy budynku zaplecza socjalnego stanowiąca załącznik nr 2 do umowy,, k. 86-107,
- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru nadbudowy i przebudowy budynku zaplecza socjalnego stanowiąca załącznik nr 3 do umowy, k.108-126,
- pismo powoda do inwestora z dnia 29 marca 2012 r., k. 128,
- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 00.07.36-01.28.55, k. 483-490,
- zeznania świadka W H rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zeznania świadka A G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 00.27.14-01.42.11, k. 525-531,
- zeznania pozwanego 1 M ? , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599,
- przyznanie pełnomocnika pozwanej 2 istnienia przesłanki z art. 647¹ k.c., rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 01.46.01. k. 492

Powód rozpoczął roboty na początku listopada 2011 r. W pierwszej kolejności wykonywał roboty wyburzeniowe. W tym czasie pracowało w budynku od 9 -12 osób. Warunkiem wykonania przez powoda robót w terminie było ogrzewanie obiektu.

Całą instalację grzewczą miał wykonać generalny wykonawca. W budynku były zainstalowane grzejniki. Powód uznał, że dwutygodniowa przerwa świąteczno-noworoczna nie zagrozi terminowi zakończenia prac, który został przez inwestora przesunięty do końca czerwca 2012 r. Kluczami do obiektu dysponowali pracownicy powoda i pozwanego I. Po powrocie z przerwy, w styczniu 2012 r., okazało się, że grzejniki zostały zdemontowane, co uniemożliwiało prawidłowe wykonanie w jego wnętrzu takich prac, jak posadzki, tynki i innych robót mokrych. Powód wstawił dmuchawy i piece, ale z uwagi na zimno pracowało tam już tylko 5-6 osób. Pozwany I najpierw zapewniał powoda, że szybko zostanie podłączona kotłownia, ale do tego w okresie zimowym nie doszło.

dowód:

- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596, s. 2,
- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 00.07.36-01.28.55, k. 483-490,
- zeznania świadka W H rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zeznania świadka J Ż T. rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.03.44-00.45.05, k. 507-509,
- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 02.25.13-03.03.20, k. 533-536 co do faktu demontażu grzejników,
- zeznania pozwanego I M. P , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599 co do demontażu grzejników i związanych z tym trudności oraz liczby pracowników powoda

Dokumentacja projektowa przewidywała położenie płytek podłogowych oraz pozostawienie istniejącego podłoża pod posadzki, natomiast nie przewidywała wykonania posadzek, gdyż uznano, że dotychczasowe posadzki są wystarczające. Po skuciu płytek okazało się, że pęka podłoże betonowe, a posadzka jest wylana na

piasku, bez izolacji. W związku z tym inspektor nadzoru W C. nakazał powodowi wykonanie posadzek, gdyż wymagała tego technologia. Ich wykonanie warunkowało wykonanie dalszych prac ogólnobudowlanych. Powód skuł całe posadzki na parterze, położył nowe, wykonał podsypkę pod beton, izolację ze styropianu o grubości 4,5 - 5 cm, warstwę pod posadzkę i samą posadzkę. Ponadto powód wykonał posadzki na I piętrze.

Inwestor nie traktował tych robót, jako dodatkowych wykonanych przez generalnego wykonawcę, uznając, że są objęte wynagrodzeniem umownym ustalonym w umowie z generalnym wykonawcą. Nie zapłacił w związku z tym generalnemu wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie.

Dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik do umowy, przewidywała wentylację grawitacyjną, natomiast umowa między powodem i pozwanym 1 nie przewidywała wykonania wentylacji grawitacyjnej (przez kratkę). Budynek był wyposażony w wentylację mechaniczną. Inwestor zdecydował jednak o konieczności wykonania wentylacji grawitacyjnej. Inspektor nadzoru W C. polecił powodowi jej wykonanie. Powód przebił otwory, położył przewody wentylacyjne, które zakończył dachówką systemową. Wentylacja grawitacyjna została przez powoda wykonana w całości. O jej wykonaniu wiedział inspektor nadzoru robót sanitarnych J Ż T. Ponieważ nie było ciągu w wentylacji pozwany 1 zlecił sprawdzenie instalacji R P kominiarzowi, który stwierdził brak ciągu, a po zdemontowaniu krutek ustalił, że w kilku miejscach nie było połączenia rury z miejscem odległym od kratki, co powodowało, że powietrze nie było odprowadzane z pomieszczenia, lecz między stropem a sufitem; nie były drożne niektóre przewody z uwagi na ich zapchanie. Między dachem a stropem przewody nie miały termoizolacji. W jednym pomieszczeniu był za duży odcinek między kratką wentylacyjną a pionowym przewodem kominowy. R P (kominarz) wskazał pozwanemu 1 na sposób usunięcia wad wentylacji, a ten ostatni je usunął. Wady były banalne i ich usunięcie wymagało dwóch dni. R P w dniu 27 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 fakturą VAT za odbiór przewodów kominowych w kwocie 615,00 zł. Inwestor zapłacił generalnemu wykonawcy za wentylację grawitacyjną.

Powód w sprawie robót dodatkowych kontaktował się z kierownikiem budowy A. W. który powiedział mu, że ma na temat rozmawiać z inspektorem nadzoru. Zakres robót dodatkowych był uzgadniany z inspektorem nadzoru W. C. Problem robót dodatkowych był poruszany także na radach budowy. Pozwani 1 i 2 wiedzieli o robotach dodatkowych i akceptowali konieczność ich wykonania.

Powód sporządził kosztorys robót dodatkowych, który został w niewielkim zakresie skorygowany przez W. C. (inspektora nadzoru). Powód po uwzględnieniu tej korekty przedstawił kosztorys na wykonanie robót dodatkowych na kwotę 29.781,19 zł. Powód nie wystawił faktury obejmującej te roboty z uwagi na skutki podatkowe; nie odprowadził od niej także podatku VAT. Wartość brutto robót dodatkowych wynosi 24.623,99 zł.

dowód:

- dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do umowy, pkt 8.8 i 9.8 i pkt 14, k. 93, 97 oraz 100-101,
- umowa wraz z kosztorysem ofertowym w odniesieniu do posadzek i wentylacji grawitacyjnej, k. 59-85,
- korespondencja mejlowa związana z robotami dodatkowymi i kosztorysy, k. 142-164,
- faktura VAT wystawiona przez R. F. na kwotę 615,00 zł, k. 322,
- zeznania świadka K. W. rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 00.07.36-01.28.55, k. 483-490,
- zeznania świadka W. H. rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka R. C. rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zeznania świadka J. T. rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.03.44-00.45.05, k. 507-509,
- zeznania świadka R. P. rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.47.03-01.02.30, k. 509-509, s. 2,
- zeznania świadka A. G. rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 00.27.14-01.42.11, k. 525-531,

- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 02.25.13-03.03.20, k. 533-536 co do robót posadzkowych,
- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596, s. 2,
- zeznania pozwanego I M P , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599 co do wykonania posadzki i częściowo wentylacji grawitacyjnej,
- kosztorys opracowany przez powoda, k. 158-164 na kwotę 29.781,19 zł,
- opinia PZITB, k. 757-758,
- wycena kosztorysowa robót dodatkowych, k. 760 i 761-768,
- pismo PZITB z dnia 08 maja 2015 r., k. 856,
- zeznania autora opinii PZITB A J rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867

Powód w piśmie z dnia 08 maja 2012 r. zawiadomił inwestora, że pozwany 1 nie zapłacił mu wynagrodzenia w kwocie 88.743,18 zł wynikającego z faktury z dnia 21 marca 2012 r. nr 0004/12/FVS.

W tym samym dniu została spisana notatka z realizacji zadania. Na spotkaniu inwestor zgodził się na przedłużenie terminu zakończenia robót o 30 dni.

W czasie narady w dniu 23 maja 2012 r. ustalono, że do dnia 28 maja 2012 r. zostanie spisany protokół wykonania robót podpisany przez inspektora nadzoru W C wraz z fakturą VAT.

Na spotkaniu w dniu 30 maja 2012 r. ustalono, że wszyscy podwykonawcy mają przedłużone terminy wykonania robót do 30 czerwca 2012 r.

W dniu 23 maja 2012 r. inspektor nadzoru W C potwierdził wykonanie przez powoda 80% robót objętych umową, z wyjątkiem dróg i parkingów.

W tym samym dniu został spisany protokół odbioru nr 2B/04/2012 wyszczególnionych w nim robót o wartości 255.896,51 zł. Protokół wymieniał roboty, z wyjątkiem dróg i parkingów, które zostały wykonane przez powoda. Wartość robót wykończeniowych została określona w wysokości 29.581,74 zł.

W piśmie skierowanym do pozwanego 1 z dnia 23 maja 2012 r. powód wskazał, że w związku z brakiem frontu robót w dniu 21 maja 2012 r. przerwał roboty, które wznowi po zakończeniu przez generalnego wykonawcę prac instalacyjnych i elektrycznych.

Kierownik budowy K. W. i kierownik robót W. H. w dniu 29 maja 2013 r. podpisali zestawienie wartości wykonanych robót, w którym została ujęta wartość robót według kosztorysu ofertowego (650.000,00 zł), wartość robót wykonanych od początku budowy i w ostatnim okresie rozliczeniowym. Według kosztorysu ofertowego wartość robót wykończeniowych wynosiła 36.977,18 zł (80% - 29.581,74 zł), a wartość dróg i parkingów 129.834,54 zł. Wartość 80% wszystkich robót wykonanych przez powoda wynosiła 255.896,51 zł. Powód nie wykonał w ogóle dróg i parkingów oraz pozostałej części robót wykończeniowych, te wykonał w 80%. Pozostałe roboty powód wykonał w 100%.

Powód w dniu 29 maja 2012 r. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr 0012/12/FVS na kwotę 255.896,51 zł. Pozwany zapłacił z tej faktury kwotę 125.896,51 zł. Powód rozliczył fakturę tylko w części dokonanej przez pozwanego 1 zapłaty. Powód w dniu 05 lipca 2012 r. zawiadomił pozwaną Gminę, że pozwany M. P. zalega z zapłatą z tej faktury wynagrodzenia w kwocie 130.000,00 zł.

Prace wykonane przez powoda do maja 2012 r. były niszczone w czasie wykonywania prac przez innych wykonawców.

dowód:

- pismo powoda do inwestora z dnia 08 maja 2012 r. z fakturą, k. 193-195,
- notatka służbowa z narady z dnia 08 maja 2012 r. zawierająca zgodę na przedłużenie terminu zakończenia robót, k. 129-131,
- pismo powoda do pozwanego 1 z dnia 23 maja 2012 r., k. 201-202,
- pkt 7 notatki ze spotkania z dnia 23 maja 2012 r., k. 133-134,
- notatka ze spotkania z dnia 30 maja 2012 r., k. 135-36
- protokół odbioru 80% robót potwierdzony przez W. C. k. 203-204,
- protokół odbioru wyszczególnionych w nim robót nr 2B/04/2012, k. 205,

- zestawienie wartości wykonanych robót potwierdzonych przez kierownika budowy i kierownika robót, k. 206,
- faktura VAT nr 0012/12/FVS, k. 207,
- polecenie przelewu kwoty 125.896,51 zł, k. 208,
- oświadczenie pełnomocnika powoda co do rozliczenia faktury nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r., k. 885,
- pismo powoda do pozwanej 2 z dnia 05 lipca 2012 r., k. 210,
- zdjęcia obrazujące niszczenie prac wykonanych przez powoda z maja 2012 r., k. 196-200,
- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
00.07.36-01.28.55, k. 483-490,
- zeznania świadka Włodzimierza Huszczo, rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zeznania świadka D S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-
03.47.40, k. 500 - 502,
- zeznania świadka K W , rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
04.05.37- 04.43.11, k. 503-506,
- opinia PZITB, k.752-753,
- pismo PZITB z dnia 08 maja 2015 r., k. 855,
- zeznania autora opinii A J rozprawa z dnia 14 maja 2015 r.,
00.05.59-00.56.40, k. 863-867,
- oświadczenie pełnomocnika pozwanego 1 na temat rozliczenia faktury VAT nr
0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r., k. 885

Roboty na obiekcie były wykonywane przez powoda w okresie od listopada 2011 r., natomiast pracownicy powoda byli na budowie do czerwca 2012 r. Powód wykonał w całości roboty murarskie, natomiast jakość pozostałych robót była przez generalnego wykonawcę kwestionowana, co dotyczyło tynków, malowania, ścianek sanitarnych, osadzenia drzwi. Co do gładzi, to brak było licowości ścian, były doły

i góry nieodpowiadające normom, niewłaściwe i nieestetyczne były narożniki oraz obróbki.

dowód:

- zeznania świadka K. W , rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
04.05.37- 04.43.11, k. 503-506,

- zeznania świadka A J rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
00.27.14-01.42.11, k. 525-531,

- zeznania pozwanego I M P , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-
03.58.10, k. 596, s. 2 - 599,

Powód zszedł z budowy w czerwcu 2012 r. z uwagi na wykonywanie przez innych podwykonawców pozwanego I prac i brak frontu robót. Nie było formalnego przekazania przez powoda pozwanemu I wykonanych przez niego prac ani ich inwentaryzacji.

Pismem z dnia 06 czerwca 2012 r. pozwany I wezwał powoda do przystąpienia do wykonania robót wykończeniowych i zewnętrznych z zagrożeniem, że jeżeli powód nie uwzględni żądania odstąpi od umowy albo powierzy poprawienie lub dalsze wykonanie robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo powoda. W odpowiedzi powód w piśmie z dnia 12 czerwca 2012 r. wskazał, że nie jest możliwe wykonanie robót przez powoda, co potwierdził inspektor nadzoru W C a ponadto poprzednio wykonane przez powoda roboty są niszczone. Powód wezwał pozwanego I do dokończenia robót branżowych oraz przesłał mu zdjęcia obrazujące niszczenie wykonanych przez niego prac.

W piśmie z dnia 15 czerwca 2012 r. pozwany I wezwał powoda do natychmiastowego wykonania tynków na poddaszu, po prawnej stronie klatki schodowej, podejść, ciągów wentylacyjnych, obudowy gk, montażu właściwych wywiewek systemowych i poprawek wynikających z niskiej jakości tynków. Pismo podobnej treści pozwany I wystosował do powoda w dniu 19 czerwca 2012 r. W piśmie z tego samego dnia pozwany I zawiadomił powoda o powierzeniu osobom trzecim wykonania podejścia

ciągów wentylacyjnych oraz odpowietrzenia instalacji sanitarnej oraz wezwał powoda do przyspieszenia wykonania tynków.

Powód w pismach z dnia 22, 25, 29 czerwca 2012 r. odniósł się do pism pozwanego 1 z dnia 15, 29 i 22 czerwca 2012 r. W tym ostatnim piśmie zakwestionował notę księgową wystawioną przez pozwanego 1 w dniu 22 czerwca 2012 r. W piśmie z dnia 22 czerwca 2012 r. powód podniósł, że wykonanie podejść, ciągów wentylacyjnych i wywiewek sanitarnych, nie było objęte umową.

Pozwany 1 odniósł się pisma powoda z dnia 22 czerwca w piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r., podtrzymując poprzednie stanowisko

Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. powód zawiadomił pozwaną 2 o braku zapłaty należności z faktury VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r., a po zapłacie jej części, w kolejnym piśmie z dnia 05 lipca 2012 r. o zaleganiu z zapłatą reszty wynagrodzenia w wysokości 130.000,00 zł.

W piśmie z dnia 11 lipca 2012 r. powód zawiadomił pozwaną 2, że odbiór robót ustalony na ten dzień nie doszedł do skutku i zażądał wpłynięcia na generalnego wykonawcę celem określenia terminu zakończenia wykonywanych przez niego robót. Zawiadomił też o niezapłaceniu przez pozwanego 1 wynagrodzenia w wysokości 130.000,00 z faktury VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r.

W dniu 11 lipca 2012 r. pozwany 1 oraz inspektorzy nadzoru spisali niedoróbki na budowie OSiR do protokołu odbioru. Pozwany, w odpowiedzi na pismo powoda z dnia 11 lipca 2011 r., w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r. wskazał powodowi, że niedokonanie odbioru końcowego robót w dniu 11 lipca 2012 r. wynikało z nieprawidłowej realizacji umowy przez powoda. Pozwany 1 podkreślił też, że w związku z powierzeniem wykonania na koszt powoda szeregu robót innym osobom, w tym drogowych, wezwał go do zapłaty kwoty 178.396,35 zł. Poinformował też powoda o powierzeniu wykonania osobom trzecim prac wymienionych w protokole zawierającym spisane niedoróbki.

Powód w piśmie z dnia 19 lipca 2012 r. zawiadomił pozwanego 1, że był z kierownikiem robót na obiekcie, na którym nie były wykonywane zastępczo żadne prace, natomiast dalej są wykonywane prace elektryczne przez pracowników

pozwanego 1. Powód sporządził też zdjęcia obrazujące niszczenie jego robót podczas wykonywania prac elektrycznych.

W piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. pozwany 1 złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 178.369,35 zł z tytułu wykonania zastępczego wymienionych w piśmie robót, które stanowiły powtórzenie prac wymienionych w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r., z wierzytelnością powoda w kwocie 130.000,00 zł stanowiącej resztę należności z faktury VAT nr 0012/12FVS z dnia 29 maja 2012 r. W piśmie pozwany 1 wezwał powoda do zapłaty kwoty 107.588,00 zł z tytułu wykonanych zastępczo robót wykończeniowych.

W odpowiedzi powód w piśmie z następnego dnia stwierdził, że oświadczenie o potrąceniu jest bezskuteczne. Co do robót drogowych powód wskazał na odstąpienie w tej części od umowy, co do robót wymienionych w pkt 3-6 zarzucił, że nie były objęte umową, a co do prac wyszczególnionych w pkt 2, 7 i 8 wskazał, że wielokrotnie wyzwał pozwanego 1 do umożliwienia ich wykonania, po zakończeniu prac przez innych podwykonawców. Powód podkreślił też, że obiekt w dniu 23 lipca 2012 r. był zamknięty i nie były wykonywane żadne prace. Powód wezwał pozwanego 1 do zapłaty reszty należności z faktury nr 0012/12/FVS w kwocie 130.000,00 zł. W odpowiedzi pozwany 1 w piśmie z dnia 27 lipca 2012 r. podtrzymał stanowisko w przedmiocie potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz złożył kolejne oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powoda w kwocie 130.000,00 zł swoją wierzytelność z tytułu kosztów zastępczego wykonania robót wykończeniowych w 107.588,00 zł. Pozwany 1 wskazał, że powód jest mu winien 155.984,35 zł.

W dniu 27 lipca 2012 r. została spisana notatka służbowa, w której generalny wykonawca zadeklarował zakończenie prac do dnia 10 sierpnia 2012 r. oraz wskazał, że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych, które były robotami dodatkowymi.

Pismami z dnia 27 grudnia 2012 r. pełnomocnik powoda wystosował do pozwanych 1 i 2 przedsądowe wezwanie do zapłaty kwoty 130.000,00 zł. W dniu 16 lutego 2013 r. pełnomocnik powoda wezwał obu pozwanych do zapłaty, poza kwotą 130.000,00 zł, także 87.387,68 zł tytułem wykonanych faktycznie pozostałych robót

budowlanych oraz kwoty 34.498,77 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Wezwania do zapłaty pozwani otrzymali w dniu 22 lutego 2013 r. Pełnomocnik pozwanego 1 w odpowiedzi z dnia 25 lutego 2012 r. odwołał się do potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz wezwał powoda do zapłaty 155.984,35 zł.

dowód:

- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596, s. 2,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 06 czerwca 2012 r., k. 211 i 374,
- pismo powoda do pozwanego 1 z dnia 12 czerwca 2012 r., k. 212,
- zdjęcia obrazujące pomieszczenia w czerwcu 2012 r., k.213-224,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 15 czerwca 2012 r., k. 225-226,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 19 czerwca 2012 r., k. 230-231 i 375-376,
- pismo pozwanego 1 z dnia 19 czerwca 2012 r. informujące powoda o powierzeniu wykonania prac osobom trzecim, k. 232-233 i 377-378,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 29 czerwca 2012 r., k. 247-248,
- pismo powoda do pozwanej 2 z dnia 29 czerwca 2012 r., k. 209,
- pismo powoda do pozwanej 2 z dnia 05 lipca 2012 r., k. 210,
- pisma powoda z dnia 22, 25, 29 czerwca 2012 r., k. 236-244,
- nota księgową wystawioną przez pozwanego 1, k. 242,
- pismo powoda do pozwanej 2 z dnia 11 lipca 2012 r., k. 250-251,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 13 lipca 2012 r., k. 252-253,
- „niedoróbki spisane do protokołu odbioru z dnia 11 lipca 2012 r.”, k. 254-257,
- pismo powoda z dnia 19 lipca 2012 r., k. 258-260,
- zdjęcia obrazujące stan obiektu z dnia 18 lipca 2012 r., k. 261-266,
- pismo pozwanego 1 do powoda z dnia 23 lipca 2012 r. zawierające oświadczenie o potrąceniu, k. 267-268 i 379-380,
- pismo powoda do pozwanego 1 z dnia 24 lipca 2012 r., 272-274,
- zdjęcia z dnia 23 lipca 2012 r., k. 269-271,
- pismo pozwanego 1 z dnia 27 lipca 2012 r., k. 277-278,

- notatka z dnia 27 lipca 2012 r., k. 275-276,
- wezwanie do zapłaty kwoty 130.00,00 zł z dnia 27 grudnia 2012 r., k.279-285,
- wezwania przesądowe z dnia 16 lutego 2013 r., k. 286-290,
- pismo pozwanego 1 z dnia 25 lutego 2013 r., k. 292,
- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
04.05.37- 04.43.11, k. 503-506,
- zeznania pozwanego 1 M P rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-
03.58.10, k. 596, s. 2 - 599

Na zlecenie pozwanego 1 K I wykonywał obudowy z kartonogipsu kanałów wentylacyjnych, które znajdowały się pod sufitem na parterze i na poddaszu. Pomieszczenia w trakcie wykonywania przez niego prac na parterze były już pomalowane, ale po nich konieczne było ponowne malowanie. W większości pomieszczenia były pomalowane. W niektórych pomieszczeniach były uszkodzenia wymagające ponownego malowania. Na poddaszu pomieszczenia nie były pomalowane.

K I za wykonane prace w dniu 09 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 dwie faktury VAT nr 15/2012 na kwotę 999,99 zł i nr 14/2012 na kwotę 8.215,17 zł. Pozwany 1 zapłacił należność wynikającą z tych faktur.

W notatce z dnia 27 lipca 2012 r. podpisanej przez powoda i obu pozwanych przedstawiciele pozwanego 1 oświadczyli, że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych, które były robotami dodatkowymi.

dowód:

- zeznania świadka K I rozprawa z dnia 12 czerwca
2013 r., 00.47.03-01.02.30, k. 509-509, s. 2,
- zdjęcie obrazujące prace wykonane przez K I k. 219,
- faktury VAT wystawione przez K I k.328,
- notatka służbowa z dnia 27 lipca 2012 r., k. 275-276

Nie występowały krzywizny w robotach wykonanych przez powoda. Powód był zobowiązany do regulacji drzwi, lecz jej nie wykonał. Część drzwi została

wymieniona, a część wyregulowana. W jednym z pomieszczeń doszło do przełożenia płytek podłogowych, które zostały zniszczone w wyniku złego magazynowania, co jednak nie obciąża powoda.

W pokoju gościnnym z uwagi na nieprawidłowe wykonanie przez powoda paneli podłogowych doszło do ich zerwania i ponownego położenia. Powód poprawnie wykonał poręcz dla niepełnosprawnych, ale źle ją zamontował, co spowodowało konieczność dokonania poprawy.

dowód:

- protokół z dnia 11 lipca 2012 r. ustalający niedoróbki, k. 254-257,

- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
04.05.37- 04.43.11, k. 503-506,

- pismo pozwanego 1 z dnia 13 lipca 2012 r. do powoda wzywające do zwrotu kosztów zastępczego wykonania, k. 252-253,

- notatka służbowa z dnia 27 lipca 2012 r., k. 275-276,

- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,

- zeznania świadka D S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-
03.47.40, k. 500 - 502

Powód roboty wykończeniowe, których wartość, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, określono na 36.977,18 zł, wykonał w 80%, czyli o wartości 29.581,74 zł. Powód nieprawidłowo wykonał szereg robót, w tym szpachlowanie i malowanie pomieszczeń, co spowodowało konieczności wykonania tych robót przez innego podwykonawcę pozwanego 1. To samo dotyczyło drzwi i futryn. Powód wykonał malowanie farbami, które przy dokonywaniu poprawek „przebijały”.

Pozwany 1 w dniu 18 lipca 2012 r. zawarł z G S umowę o wykonanie prac na obiekcie OSiR w Mosinie za wynagrodzeniem w wysokości 107.588,00 zł . Zakres prac wynikał z dołączonego do umowy sporządzonego przez G S kosztorysu, który obejmował roboty wykończeniowe. Ten ostatni wystawił za wykonane roboty dwie faktury VAT: w dniu 30 sierpnia 2012 r. nr

1/08/2012 na kwotę 47.970,00 zł i w dniu 28 września 2012 r. nr 2/09/2012 na kwotę 59.618,00 zł. Pozwany 1 zapłacił należności wynikające z tych faktur gotówką.

dowód:

- protokół odbioru 80% robót, k. 203-204,
- protokół nr 2B/04/2012, k. 205,
- zestawienie wartości wykonanych robót, k. 206,
- umowa z dnia 18 lipca 2012 r., k. 336-338,
- kosztorys, k. 339,
- faktury VAT wystawione przez G: E k. 340-341,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zeznania świadka D S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-
03.47.40, k. 500 - 502,
- dowody KP, których oryginały pozwany 1 przedstawił na rozprawie w dniu 12
czerwca 2013 r., a których powód nie kwestionował, 01.17.31, k. 510, s. 2,
- zeznania świadka A G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
00.27.14-01.42.11, k. 525-531,
- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
02.25.13-03.03.20, k. 533-536,
- zeznania pozwanego 1 M P , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-
03.58.10, k. 596, s. 2 - 599

Pozwany 1 nie koordynował prawidłowo robót podwykonawców, co powodowało, że powód nie mógł wykonywać robót, a po wykonaniu przez powoda robót malarskich pomieszczeń wchodzili do nich podwykonawcy robót instalacyjnych. W trakcie robót wykończeniowych były wykonywane roboty instalacyjne. Zwracał na to wielokrotnie uwagę inspektor nadzoru J Ż I Zdarzało się, że ten ostatni musiał wstrzymywać montaż białych elementów z uwagi na z uwagi na nieprzygotowanie frontu robót.

Budowa była niedopilnowana. Było za mało ludzi. Miały miejsce sytuacje, w których podwykonawcy schodzili z budowy z uwagi na brak frontu robót. Problem braku koordynacji był przedmiotem narad budowy. Na budowie był bałagan.

dowód:

- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
00.07.36-01.28.55, k. 483-490,
- zeznania świadka W H rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,
- zdjęcia z dnia 11 czerwca 2012 r., k. 213-224 i 261-266,
- zeznania świadka J Ż I , rozprawa z dnia 12 czerwca
2013 r., 00.03.44-00.45.05, k. 507-509,
- zeznania świadka A G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
00.27.14-01.42.11, k. 525-531,
- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
02.25.13-03.03.20, k. 533-536,
- zeznania świadka S R rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.06.46-
00.52.50, k. 590, s. 2 -592,
- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592-596,
s. 2

Powód wzywał dwukrotnie pozwanych do zapłaty reszty należności z faktury nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r. w kwocie 130.000,00 zł. Pełnomocnik pozwanego 1 w piśmie z dnia 25 lutego 2013 r. wskazał na potrącenia dokonane w dniach 23 i 27 lipca 2012 r. i wezwał powoda do zapłaty kwoty 155.984,35 zł.

dowód:

- wezwania z dnia 27 grudnia 2012 r. i z dnia 16 lutego 2013 r., k.279-291,
- pismo pozwanego 1, k. 292,

Z uwagi na wady nie doszło dwukrotnie do odbioru. Pierwszy odbiór nie doszedł do skutku z uwagi na wady robót wykończeniowych wykonanych przez powoda. Drugi odbiór był spowodowany tym, że G S nie zdążył wykonać wszystkich robót; występowały też drobne usterki.

Odbiór końcowy miał miejsce 13 września 2012 r.

dowód:

- zeznania świadka A G , rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
00.27.14-01.42.11, k. 525-531,

- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
02.25.13-03.03.20, k. 533-536

Powód nieprawidłowo wykonał ścinki działowe w sanitariatach. Ścianki sanitarne (dzielące sanitariaty) zostały przez powoda wykonane z niewłaściwego materiału, z płyty laminowanej, paździerzowej. Pierwotnie ścianki na zlecenie powoda wykonał ojciec P Ł a ten ostatni opracował kosztorys dla ojca. I on i jego ojciec informowali powoda, że ściany wiórowe nie nadają się do tych pomieszczeń, ale kierownik robót powoda W H zdecydował, że chce takie ścianki, które są o wiele tańsze niż z płyty HLP.

Wprawdzie dokumentacja projektowa nie określała materiału, z którego mają być wykonane ścianki, ale załączony do umowy kosztorys wskazywał na ścianki typu kabinowego z płyt laminowanych (HLP). Poza tym jasne jest, że mogą być wykonywane z płyt wiórowych w pomieszczeniach mokrych (w prysznicach).

W dniu 21 listopada 2012 r. pozwany 1 wezwał powoda do poprawienia ścianek (przegród i przepierzeń) w pomieszczeniach sanitarnych wykonanych z płyt wiórowych przez zastosowanie ścianek z HLP zgodnie z umową.

Ponieważ powód, mimo wezwania, nie dokonał poprawek pozwany powierzył ich wykonanie P Ł , który miał zdemontować i ponownie zamontować ścianki działowe w 3 albo 4 pomieszczeniach sanitarnych. P Ł miał zastosować płyty HLP. Prace wykonał na przełomie 2012 i 2013 r. P Ł

wymienił płyty we wszystkich pomieszczeniach sanitarnych, także w tych, w których nie było pryszniców. W pomieszczeniach mokrych zdemontowanych i zamontowanych została od 9 do 12 ścianek, a jednym pomieszczeniu 2 albo 3. P Ł w dniu 31 stycznia 2013 r. wystawił fakturę nr FV/20/2013 na kwotę 17.200,32 zł. Część zapłaconego tej osobie wynagrodzenia pokrył ubezpieczyciel, natomiast co do pozostałej części w wysokości 9.400,32 zł pozwany 1 podniósł zarzut potrącenia.

dowód:

- załącznik nr 1 do umowy zawartej między powodem a pozwanym 1, k. 73,
- zeznania świadka P Ł rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 01/19.17-01.33.50, k. 510, s. 2-511
- zeznania świadka K W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 04.05.37- 04.43.11, k. 503-506,
- pismo pozwanego 1 z dnia 21 listopada 2012 r., k. 360- 361,
- faktura VAT wystawiona przez P Ł k. 335,
- zeznania świadka D S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-03.47.40, k. 500 - 502,
- zeznania pozwanego 1 M P , rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599

Pozwany 1 poniósł koszty związane z wywozem odpadów w wysokości 340,00 zł. W dniach 02 i 03 lipca 2012 r. R Z wystawił na pozwanego 1 dwie faktury VAT za wykonanie na podstawie umowy z dnia 25 czerwca 2012 r. prace dekarские na obiekcie w Mosinie na kwoty 2.000,00 zł i 8.200,00 zł, a w dniu 17 lipca 2012 r. fakturę VAT za naprawę „orynowania na budynku” na kwotę 350,00 zł. Zapłata dwóch pierwszych faktur miała nastąpić przelewem.

Algeco sp. z o.o. w Poznaniu w lipcu, sierpniu i we wrześniu 2012 r. wystawił na pozwanego 1 faktury VAT za wynajęcie kontenerów na kwoty 1.265,67, 2.567,01 zł i 2.567,01 zł.

W J. wystawił w dniu 12 września 2012 r. na pozwanego 1 fakturę VAT za wykonanie świadectwa energetycznego budynku w Mosinie na kwotę 861,00 zł.

Pozwana 2 w dniu 17 września 2012 r. wystawiła pozwanemu 1 notę księgową nr 19/2012 na kwotę 2.362,60 zł dotyczącą rozliczenia pobranej energii elektrycznej w okresie od 01 lipca do 01 września 2-12 r. oraz wody w okresie od 27 czerwca do 28 sierpnia 2012 r.

dowód:

- faktury VAT z dnia 27 lipca 2012 r. i z dnia 22 sierpnia 2012 r. za wywóz opadów, k. 323 i 324 z adnotacją „zapłacone”,
- faktury VAT za prace dekarские, k. 326 i 327,
- faktura VAT za naprawę „orynowania”, k. 327,
- faktury VAT wystawione przez A za najem kontenerów, k. 229-231,
- faktura VAT za wykonanie świadectwa energetycznego, k. 332,
- nota księgową nr 19/2012, k. 333-334,

Inwestor naliczył generalnemu wykonawcy kary umowne za zwłokę w oddaniu robót. W piśmie z dnia 19 października 2012 r. pozwana 2 zawiadomiła pozwanego 1, że wstrzymuje mu płatność końcową z uwagi na to, że pozwany 1 nie wszystkim podwykonawcom, w tym powodowi, zapłacił wynagrodzenie. Pozwana 2 zawiadomiła też pozwanego 1, że jest zmuszona zwiększyć wartość kar umownych z kwoty 118.890,00 zł do kwoty 169.088,00 zł brutto na 64 dni. Pozwana 2 nie potrąciła jednak z wynagrodzenia pozwanego 1 tej kwoty.

dowód:

- zeznania świadka S R rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.06.46-00.52.50, k. 590, s. 2 -592,
- zeznania pozwanego 1 M P, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599,
- pismo pozwanej 2 do pozwanego 1, k. 359,

Roboty drogowe stanowiły element zagospodarowania terenu. Na planie sytuacyjnym stanowiącym część projektu była usytuowana droga, miejsca parkingowe i plac manewrowy, a w specyfikacji technicznej wykonania robót, w pkt. 14 był ich opis, który przewidywał zastosowanie płyt ażurowych. Chodziło o drogę wewnętrzną, na terenie zamkniętym.

Powód miał wykonać drogę dojazdową wraz parkingiem i placem manewrowym, mimo że umowa łącząca powoda z pozwanym 1 tych robót nie wyszczególniała. Ich zakres wynikał natomiast z załącznika nr 1 do umowy stanowiącego element kosztorysu ofertowego, obejmującego ich wycenę w wysokości 129.834,54 zł brutto. sporządzoną przez powoda na podstawie przedmiaru dostarczonego przez pozwanego 1. Wycena określała zakres robót, w tym wykonanie nawierzchni z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej.

Dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik nr 2 do umowy, w pkt 18, a specyfikacja wykonania robót w pkt 14, określały miejsca parkingowe i drogi p-poż z płyt ażurowych o gr 10 cm ułożonych na warstwie pisaku z betonem 20 cm.

Między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni.

Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Zakres robót określony w wycenie kosztorysowej zakładał ułożenie kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm bezpośrednio na warstwie osączającej grubości 10 cm, co jest niezgodne z zasadami projektowania dotyczącymi wykonywania ciągło pieszych, jak i dróg przeznaczonych dla pojazdów mechanicznych.

Powód występował wielokrotnie do pozwanego 1 o przekazanie dokumentacji robót drogowych.

Roboty drogowe miał wykonać podwykonawca powoda R W , który nie mógł uzyskać od powoda dokumentacji tych robót, bo nie dostarczył jej inwestor.

Na prośbę R W L N , pracownik Gminy, sporządził

szkice (rysunki), na podstawie których miały być wykonane roboty drogowe. L N opracował rysunek drogi (k. 169) i jeszcze jeden rysunek określający wysokość rzędnych jezdni i parkingów, które odnosiły się także do placu manewrowego.

Między kierownikiem budowy i kierownikiem robót na początku marca 2012 r. została wymieniona korespondencja mejlowa związana z robotami drogowym.

Kierownik budowy K W w dniu 09 marca 2012 r. przekazał powodowi skany rysunków drogi do projektu budowlanego, w tym opracowane przez L N, zaznaczając, że inwestor ma się wypowiedzieć do 14 marca co do zakresu prac. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był tylko plan sytuacyjny. Powód otrzymał jedynie rzut z góry (k. 168 i 171).

Zgodnie ze szkicami przekazanymi powodowi miała być warstwa odsączająca (piasek), potem beton (12 cm), podsypka piasku (5 cm) i kostka. Przekazane powodowi rysunki drogi (k. 166-172), jako uzupełnienie i modyfikacja projektu budowlanego, były prawidłowe w zakresie technologii wykonania robót drogowych były prawidłowe, a więc było możliwe na ich podstawie wykonanie drogi na terenie OSiR, lecz nie w zakresie opisanym dokumentacji przetargowej. Zakres robót opisany w tej dokumentacji był niespójny wewnętrznie i niezgodny z zasadami technologicznymi wykonania wewnętrznych robót drogowych.

R W który miał na zlecenie powoda wykonać roboty drogowe, nie wyraził zgody na ich wykonanie z uwagi na konieczność udzielenia 5-letniej gwarancji. R W uznał za wadliwą technologię wykonania robót polegającą na podsypce z piasku, która nie gwarantowała wytrzymałości. Według niego konieczne było też wykonanie w pierwszej kolejności placu manewrowego, a potem drogi.

W dniu 26 marca 2012 r. powód w piśmie skierowanym do pozwanego 1 wskazał, że w razie zaprojektowania podbudowy drogi, w której warstwą końcową będzie zagęszczona warstwa piasku nie będzie możliwe udzielenie gwarancji na okres dłuższy niż 24 miesiące. Powód przesłał też wycenę zaprojektowanej drogi na kwotę 190.087,57 zł i zażądał udzielenia jak najszybszej odpowiedzi.

W piśmie dnia 26 kwietnia 2012 r. powód podkreślił wycofanie się przez zamawiającego z wykonania dróg i parkingów oraz zlecenie w tym zakresie robót zamiennych oraz wezwał go do przekazania zaktualizowanego projektu budowlanego dotyczącego tych robót w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy w tej części, a w piśmie z dnia 10 maja 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od części umowy w odniesieniu do robót drogowych i parkingu.

Na naradzie w dniu 23 maja 2012 r. inwestor oświadczył, że przekaże rysunki, na których zostaną zaznaczone rzędne wpustów do dnia 24 czerwca 2012 r.

Pełnomocnik pozwanego 1 w dniu 23 maja 2012 r. wezwał powoda do wykonania robót drogowych objętych umową do dnia 30 maja 2012 r., a w dniu 01 czerwca 2012 r. zawiadomił go o powierzeniu ich wykonania na koszt i niebezpieczeństwo powoda. Ten ostatni w dniu 05 czerwca 2012 r. podtrzymał poprzednie stanowisko.

Roboty drogowe wchodzące w zakres inwestycji mogły być wykonane na podstawie rysunków sporządzonych przez I N Ten ostatni do dziennika budowy wpisał, że należy drogę odwodnić do studzienek ściekowych i wskazał miejsca podłączeń do studzienek rewizyjnych.

Na naradzie z dnia 13 czerwca 2012 r., w kwestii robót drogowych, zobowiązano wykonawcę do przedstawienia kosztorysu z pominięciem ogrodzenia.

dowód:

- umowa z dnia 03 października 2011 r. zawarta między powodem i pozwanym 1, wymieniająca załączniki, k. 69,
- kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do umowy, k. 70-85,
- kosztorys robót drogowych stanowiący element kosztorysu ofertowego, k. 83,
- pkt 18 dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 2 do umowy, k. 102,
- pkt 14 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 3 do umowy, k. 125-126,
- opinia Ośrodka Rzeczoznawstwa i Inżynierii Procesów Budowlanych Oddziału Warszawskiego PZITB (dalej jako PZITB) wraz z rysunkiem, k. 752-753,
- mejl kierownika budowy z dnia 09 marca 2012 r. wraz ze skanem rysunków, k. 166-172,
- opinia PZITB wraz z rysunkiem, k. 753 in fine,

- pismo PZITB z dnia 08 maja 2015 r., k. 854-855,
- zeznania autora opinii PZIB A J rozprawa z dnia 14 maja 2015 r.,
00.05.59-00.56.40, k. 863-867,
- plan sytuacyjny, k. 862,
- przyznanie przez pełnomocników pozwanych 1 i 2, że plan sytuacyjny (k. 862) jest
zgodny z dokumentacją projektową, rozprawa z dnia 09 września 2015 r., 00.01.44, k.
896,
- pismo powoda z dnia 26 marca 2012 r. wraz z kosztorysem, k. 177-184,
- pismo powoda z dnia 26 kwietnia 2012 r., k. 185,
- oświadczenie powoda o odstąpienie od części umowy, k. 186-187,
- pkt 5 notatki z narady z dnia 23 maja 2012 r., k. 132-134,
- pismo pozwanego 1 z dnia 23 maja 2012 r. wzywające powoda do wykonania robót
drogowych wraz z pełnomocnictwem, k. 188-190,
- pismo pozwanego 1 z dnia 01 czerwca 2012 r., k. 191,
- pismo powoda z dnia 05 czerwca 2012 r., k. 192,
- notatka z narady z dnia 13 czerwca 2012 r. (pkt 1), 227-229,
- zeznania świadka A G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
00.27.14-01.42.11, k. 525-531,
- zeznania świadka S R rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.06.46-
00.52.50, k. 590, s. 2 -592,
- zeznania świadka W H rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
01.29.28 -02.49.50, k. 490-497,
- zeznania świadka D S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-
03.47.40, k. 500 - 502,
- zeznania świadka I N rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 01.44.01-
02.23.15, k. 531-533,
- zeznania świadka R W rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
03.47.53- 04.05.11, k. 502 - 503,
- zeznania świadka R C rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r.,
02.50.48 -03.47.40, k. 497-502,

- zeznania świadka W G rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r.,
02.25.13-03.03.20, k. 533-536,

- zeznania powoda, rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596,
s. 2,

- zeznania pozwanego 1 M P rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-
03.58.10, k. 596, s. 2 - 599

W dniu 04 czerwca 2012 r. pozwany 1 zawarł z K M umowę
o wykonanie parkingu i drogi wewnętrznej ze studzienkami ściekowymi przy budynku
OSiR obejmującą:

- mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni i chodników o głębokości
20 cm,

- krawężniki betonowe, ręczne zagęszczenie warstwy osączającej w korycie,

- nawierzchnie z kostki brukowej betonowej na podstawie cementowo-piaskowej –
1500,00 m²,

- ławę pod krawężniki,

- podbudowę betonową gr 15 cm (beton B 75) za wynagrodzeniem w wysokości
202.104,99 zł. Wykonawca robót drogowych udzielił 5-letniej gwarancji i rękojmi.

Roboty wykonywał mąż K M A M w oparciu o tę
samą dokumentację, która została dostarczona przez inwestora powodowi. Była to
przebudowa, a nie nowa droga. A M wykonał prace, tak aby nie
utrudnić ruchu, najpierw miejsca postojowe, potem drogę dojazdową, a na końcu plac
manewrowy. Zmiana płyt ażurowych przewidzianych w specyfikacji technicznej
wykonania robót na kostkę brukową nie miała znaczenia. Zakres prac wykonanych
przez A M był zgodny z rysunkami przekazanymi przez inwestora
powodowi.

K M wystawiła dwie faktury za wykonania robót na kwotę
161.683,99 i 40.421,00 zł. Pozwany 1 zapłacił K M przelewami
w dniach 17 lipca, 19 lipca i 13 sierpnia 2012 r. całe wynagrodzenie. Najpierw
192.419,95 zł, zatrzymując tytułem zabezpieczenia kwoty 1.600,84 zł i 8.084,20 zł. Te

ostatnie kwoty pozwany 1 zapłacił K M w dniu 11 września 2012 r.

dowód:

- umowa (§ 1, 5 i 6), k. 342-352,
- opinia PZITB, k. 754-757 in initio,
- faktury VAT wystawione przez K M k. 353-354,
- polecenia przelewy pozwanego 1 należności na rzecz K1 M z zaznaczonymi zatrzymanymi kwotami, k. 355-357,
- polecenie zapłaty kwoty 9.685,04 zł, k. 358,
- zeznania świadka A M , rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 00.01.50-00.26.40, k. 523-525,
- zeznania świadka L N rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 01.44.01-02.23.15, k. 531-533,
- zeznania świadka L S rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-03.47.40, k. 500-502,
- zeznania pozwanego 1 M P rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.10, k. 596, s. 2 - 599

Ocena dowodów

Stan faktyczny został ustalony w oparciu o dokumenty złożone przez strony do akt sprawy, mejle, szkice, zdjęcia, zeznania świadków K: W W

F , R C , D S R W
K W J Ż , R
P , K J , P Ł A M
A G L N , W G S R

stron, z tym, że na ich wniosek został on ograniczony do przesłuchania powoda i pozwanego 1 (rozprawa z dnia 22 kwietnia 2013 r., 00.20.02, k. 393) oraz opinię PZiTB i zeznania jej autora A J

Na rozprawie w dniu 15 października 2013 r. został dopuszczony dowód z opinii biegłego na wniosek powoda celem ustalenia, czy w oparciu o dostarczoną powodowi

dokumentację projektową dotyczącą robót drogowych i parkingowych k. 167-172) było możliwe wykonanie przez powoda tych robót w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej i stanowiącym załącznik do umowy między powodem i pozwanym 1 opisie tych robót, a w razie twierdzącej odpowiedzi ustalenie, czy zakres wykonanych zastępczo przez pozwanego 1 robót był identyczny z tymi, które miał wykonać powód, a jeśli nie, to jaka była różnica do zakresu i wartości (00.01.06, k. 620).

Powód wniosek o przeprowadzenie tego dowodu zgłosił już w pozwie, choć sformułował węższą tezę (IV.4, k. 3). Zakres wiadomości specjalnych okazał się szerszy niż wynikający z wniosku powoda, a ponieważ pozwany 1 przedstawił do potrącenia z dochodzonymi wierzytelnościami powoda wierzytelność stanowiącą całe wynagrodzenie zapłacone wykonawcy robót drogowych, konieczne było, z urzędu (art. 232 zd. 2 k.p.c.), sformułowanie szerszej tezy dla biegłego.

Na tej samej rozprawie został dopuszczony dowód celem ustalenia, czy powód wykonał roboty dodatkowe opisane w kosztorysie (k. 159-163), a jeśli tak, to ustalenie ich wartości (00.01.06, k.620). Wprawdzie powód zgłosił ten dowód w replice na odpowiedź pozwanych na pozew (k. 449), a więc z opóźnieniem w świetle art. 207 § 6 k.p.c., ale bez swej winy, to ponadto i tak sąd może dopuścić dowód z urzędu (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Pełnomocnicy pozwanych 1 i 2 zgłosili zastrzeżenia dotyczące dopuszczenia tych dowodów (rozprawa z dnia 15 października 2013 r., 00.01.06, k.620). Pełnomocnik pozwanej 2 sformułował zarzuty dotyczące dopuszczenia dowodów z opinii biegłego w piśmie przygotowawczym z dnia 27 czerwca 2013 r. (k. 559-561), a pełnomocnik powoda odniósł się do stanowiska pozwanej Gminy w piśmie przygotowawczym z dnia 02 sierpnia 2013 r. (k. 603-606).

Powód po przesłuchaniu autora opinii, na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. domagał się przeprowadzenia dowodu z kolejnej opinii celem odpowiedzi na pytanie sformułowane w pkt 3 zlecenia dla PZITB, a więc dotyczące zakresu wykonania robót opisanych w dokumentach na k. 203-206 (00.58.07, k. 568).

Wniosek ten został oddalony z uwagi na to, że materiał dowodowy zebrany w sprawie, w tym opinia PZITB i zeznania jej autora są wystarczające do rozstrzygnięcia sprawy w tym zakresie, a wniosek powoda był bezzasadny w świetle art. 217 § 3 *in fine* k.p.c.

(postanowienie na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r., 00.59.49, k. 868). Pełnomocnik powoda złożył zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. wskazując na naruszenie art. 217 i 286 k.p.c. (01.00.06, k. 868).

Zeznania świadka K W (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 00.07.36-01.28.55, k. 483-490), pracownika powoda, koordynatora robót, są wiarygodne. Świadek przedstawił kwestię wykonania robót dodatkowych, tj. wykonanie prac posadzkowych polegających na wykuciu, ociepleniu i wylaniu posadzki, odniósł się do robót drogowych oraz wiedzy inwestora o robotach dodatkowych. Zeznania świadka są jasne i znajdują odzwierciedlenie także w zeznaniach świadka W H W C a co do robót drogowych R W

Zeznania świadka W H (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 01.29.28 -02.49.50, k. 490-497), kierownika robót powoda, są wiarygodne. Świadek wskazał na fakt wykonania robót dodatkowych, ich zlecenie przez inspektora nadzoru, trudności w wykonaniu robót mokrych zimą 2011/2012 z uwagi na zdemontowanie grzejników oraz odmowy wykonania przez powoda robót drogowych. Zeznania świadka w tej części są jasne, logiczne, a w zakresie dotyczącym robót dodatkowych znajdują odbicie w zeznaniach świadków K W W C a co do robót drogowych R W Nie zasługują natomiast na uznanie za wiarygodne zeznania świadka, że brak ogrzewania pomieszczeń z uwagi na zdemontowanie grzejników spowodował opóźnienie w wykonaniu robót co najmniej o 2 miesiące.

Zeznania świadka F C (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 02.50.48 -03.47.49, k. 497-502), inspektora nadzoru robót budowlanych, nie budzą zastrzeżeń. Świadek nic nie wiedział o robotach drogowych, natomiast potwierdził wykonanie przez powoda robót dodatkowych, szczegółowo przedstawiając przyczyny ich wykonania, zakres oraz wartość w granicach 30 tys zł. W tym zakresie zeznania świadka nie budzą zastrzeżeń tym bardziej, że odnoszą się do robót, których wykonanie sam zlecał powodowi i nadzorował ich wykonanie. Wiarygodne są także zeznania świadka na temat wykonania przez powoda robót określonych w protokole

z dnia 23 maja 2012 r. (k. 203). Także pozostałe zeznania świadka są wiarygodne, co dotyczy braku ogrzewania pomieszczeń, nieprawidłowego wykonania przez generalnego wykonawcę koordynacji robót, nieprawidłowego wykonania przez powoda szpachlowania i malowania oraz konieczności w związku z tym wykonania tych robót przez innego podwykonawcę pozwanego 1 czy występujących wad robót powoda. Zeznania świadka są tym bardziej wiarygodne, że jest pracownikiem pozwanej Gminy, a mimo tego złożył zeznania częściowo korzystne dla powoda.

Zeznania świadka D S. (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.33.36-03.47.40, k. 500-502), zatrudnionej u pozwanego 1 na stanowisku głównej księgowej, nie budzą zastrzeżeń. Świadek wskazała, że faktura nr 0012/12/ FVS z dnia 29 maja 2012 r. nie została zapłacona w całości z uwagi na potrącenia wierzytelności pozwanego 1 z tytułu kosztów wykonania zastępczego oraz wymieniła wykonane w ten sposób roboty drogowe i malarskie, a także dotyczące ścianek działowych. Świadek zeznała, że pozwany 1 płacił należności z tego tytułu gotówką albo przelewem. Zeznania świadka są klarowne i pokrywają się z dowodami osobowymi uznanymi przez Sąd za wiarygodne.

Zeznania świadka R W (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 03.47.53- 04.05.11, k. 502 - 503) są wiarygodne. Świadek miał wykonać roboty drogowe jako podwykonawca powoda, na co nie wyraził zgody. Świadek przedstawił przyczyny swojej decyzji uznając, że wykonanie drogi w oparciu o szkice przedstawione przez inwestora było niezgodne z zasadami sztuki budowlanej. Świadek wskazał również, że w pierwszej kolejności należało wykonać plac manewrowy, a potem drogę z parkingami. Zeznania świadka są jasne i logiczne.

Zeznania świadka K W (rozprawa z dnia 11 czerwca 2013 r., 04.05.37- 04.43.11, k. 503-506), kierownika budowy, zatrudnionego u pozwanego 1 (generalnego wykonawcy) są wiarygodne tylko w części, co dotyczy robót drogowych i dostarczenia powodowi rysunków, wykonania przez powoda robót objętych protokołem z dnia 23 maja 2012 r. (k. 203) w stu procentach, wadliwego wykonania szeregu robót i braku dokonania poprawek przez powoda. W tym zakresie zeznania świadka znajdują odbicie w dokumentach oraz w dowodach osobowych uznanych przez Sąd za miarodajne dowody. Nie są natomiast wiarygodne zeznania świadka, że

to powód zdemontował kaloryfery. W tej kwestii Sąd dał wiarę zeznaniom świadków powoda K W i W H. Ten pierwszy wskazał, że grzejniki zostały zdemontowane w czasie nieobecności pracowników powoda w czasie świąt Bożego Narodzenia, drugi o ich zdemontowaniu przez instalatorów. Świadek K W odwołał się do tego ostatniego świadka, który rzekomo potwierdził fakt zdemontowania grzejników przez pracowników powoda. Z zeznań W H wynika jednak, że było inaczej. Także inspektor nadzoru R C stwierdził, że przed podpisaniem umowy nie było już kaloryferów. Założenie było takie, że na zimę miało być zamontowane ogrzewanie, a instalację grzewczą miał wykonać generalny wykonawca. Zastrzeżenia budzą też zeznania świadka, że powód nie wykonał całości wentylacji grawitacyjnej, gdyż podważają je zeznania świadka J Ż inspektora nadzoru robót sanitarnych, który stwierdził to jednoznacznie. Nie są wiarygodne zeznania świadka, że powód nie wykonał jako dodatkowych robót posadzkarskich, bo podważają je m.in. zeznania świadka W C.

Zeznania świadka J Ż T (rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.03.44-00.45.05, k. 507-509), inspektora nadzoru robót sanitarnych, są wiarygodne. Świadek zeznał, że powód wykonał wentylację grawitacyjną w całości, natomiast niektóre przewody grawitacyjne na strychni były wadliwie wykonane. Świadek wskazał na nieprawidłową koordynację robót przez generalnego wykonawcę, co powodowało wstrzymywanie określonych prac, brak formy robót i schodzenie podwykonawców z budowy. Zeznania świadka są logiczne i dotyczą nie tylko robót, których wykonanie nadzorował.

Świadek F P (rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.47.03-01.02.30, k. 509-509, s. 2) jest kominiarzem i na zlecenie pozwanego 1 stwierdził wady wentylacji grawitacyjnej i wskazał na to, jak je usunąć, za co otrzymał od pozwanego 1 wynagrodzenie. Zeznania świadka są jasne i logiczne, a tym samym wiarygodne.

Świadek K 1 (rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 00.47.03-01.02.30, k. 509-509, s. 2) wykonywał na zlecenie pozwanego 1 obudowy z kartonogipsu kanałów wentylacyjnych, które znajdowały się pod sufitem na parterze i na poddaszu. Rodzaj robót obrazuje zdjęcie na k. 219 u dołu. Pomieszczenia w trakcie

wykonywania przez niego prac na parterze były już pomalowane, ale po nich konieczne było ponowne malowanie. W większości pomieszczenia były pomalowane. Zeznania świadka nie budzą zastrzeżeń.

Zeznania świadka P Ł (rozprawa z dnia 12 czerwca 2013 r., 01.19.17-01.33.50, k. 510, s. 2-511), który na zlecenie pozwanego 1 wykonał zdemontował w pomieszczeniach sanitarnych, poprzednio zamontowane przez jego ojca na zlecenie powoda, ścianki działowe i zamontował z właściwego materiału są wiarygodne. Świadek przedstawił zarówno przyczyny wykonania przez powoda ścianek z płyt wiórowych, jak i zakres robót poprawkowych. Zeznania świadka nie budzą żadnych zastrzeżeń.

Zeznania świadka A M (rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 00.01.50-00.26.40, k. 523-525) są wiarygodne. Świadek na podstawie umowy zawartej przez pozwanego 1 z K M wykonał roboty drogowe (parking, drogę wewnętrzną i plac manewrowy). Świadek wskazał, że wykonał roboty w oparciu o tę samą dokumentację, która była dostarczona przez pozwanego 1 powodowi określił technologię i kolejność robót. Zeznania świadka są jasne i logiczne oraz nie budzą żadnych zastrzeżeń.

Zeznania świadka A G (rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 00.27.14-01.42.11, k. 525-531) są wiarygodne. Świadek jest zatrudniona w Gminie na stanowisku zastępcy kierownika do spraw inwestycji i w tym charakterze była przedstawicielem inwestora przy budowie. Świadek wyraziła stanowisko na temat robót drogowych wskazując, że pozwolenie na budowę obejmowała także te roboty, skoro stanowiły one element zagospodarowania terenu. Na planie sytuacyjnym była usytuowana droga, miejsca parkingowe i plac manewrowy. Także pozostałe zeznania tego świadka nie budzą zastrzeżeń. Dotyczą one kwestii związanych z nieskutecznymi odbiorami oraz wadliwym wykonaniem przez powoda szeregu prac.

Wiarygodne są zeznania świadka L N (rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 01.44.01-02.23.15, k. 531-533), który był autorem rysunku drogi (k. 169) i jeszcze jednego rysunku określającego wysokość rzędnych jezdni i parkingów, opracowanych na prośbę R. W, który miał na zlecenie powoda wykonywać roboty drogowe. Świadek nie był natomiast autorem rysunku opisującego

przekrój drogi (k. 170). Świadek wskazał, że na podstawie jego rysunków, które dotyczyły także parkingów i placu manewrowego, możliwe było wykonanie robót drogowych. Nie miała znaczenia zmiana kostki na płyty ażurowe. Świadek przyznał, że dokonał wpisu do dziennika budowy, że drogę należą odwieść do studzienek ściekowych i wskazał miejsca podłączeń do studzienek rewizyjnych. Zeznania świadka nie budzą zastrzeżeń. Są jasne i fachowe.

Świadek W G (rozprawa z dnia 13 czerwca 2013 r., 02.25.13-03.03.20, k. 533-536) jest w Gminie kierownikiem referatu do spraw inwestycji. Zeznania świadka nie budzą zastrzeżeń, są klarowne i w większości pokrywają się z zeznaniami świadka A G oraz innymi dowodami uznanymi przez Sąd za miarodajne. Świadek opisał problem robót drogowych, wskazał na wadliwe wykonanie robót wykończeniowych przez powoda, przyznał fakt zdemontowania grzejników, lecz nie wiedział, kto tego dokonał i sygnalizowanie przez powoda kolizji ego robót i innych podwykonawców, niewłaściwą koordynację robót oraz wskazał na przyczynę odmowy odbioru przed wrześniem 2012 r.

Świadek S R (rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.06.46-00.52.50, k. 590, s: 2 -592) jest zastępcą burmistrza Gminy i jego zeznania są w większości ze słyszenia, co osłabia ich walor dowodowy. Poza wiarygodnym stwierdzeniem, że inwestor nie potrącił z wynagrodzenia pozwanego 1 kar umownych za zwłokę w oddaniu robót, pozostałe zeznania świadka nie mają większego znaczenia. Zeznania powoda (rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 00.53.25-02.40.55, k. 592 -596, s., 2) są częściowo wiarygodne. Nie budzą zastrzeżeń zeznania powoda, że z inicjatywą zwarcia umowy wystąpił pozwany 1 i on opracował projekt umowy, a także zeznania dotyczące rozpoczęcia robót w listopadzie 2011 r. i zejścia z budowy w czerwcu 2012 r. bez formalnego odbioru robót przez pozwanego 1. Wiarygodne są też zeznania powoda na temat zdemontowania ogrzewania podczas nieobecności jego pracowników w czasie dwutygodniowej przerwy świątecznej i utrudnienia z tym związane, a także obietnice pozwanego 1 o szybkim podłączeniu kotłowni, co jednak nie nastąpiło w okresie zimowym. Fakt zdemontowania grzejników jest poza sporem, a jedynie pozwany 1 zeznał, że nastąpiło to z uwagi na uszkodzenie przez pracowników powoda rur doprowadzających ciepło do grzejników. W tym zakresie Sąd dał wiarę zeznaniom

powoda i jego świadków. O uszkodzeniu rur nikt inny nie mówił, a nie sposób przyjąć, że tak istotna okoliczność, bo zagrażająca terminowi inwestycji nie byłaby przez nikogo podniesiona. W konsekwencji należy za wiarygodne uznać także zeznania powoda na temat trudności związanych z wykonywaniem robót od stycznia do marca, zwłaszcza tych mokrych. Wiarygodne są zeznania powoda na temat liczby pracowników na budowie, bo potwierdził to pozwany 1.

Nie budzą zastrzeżeń zeznania powoda dotyczące robót dodatkowych polegających na wykonaniu posadzek i wentylacji grawitacyjnej, bo znajdują odbicie w zeznaniach inspektorów nadzoru, a wykonanie tych pierwszych potwierdził także pozwany 1. Co do wentylacji, to fakt jej wykonania wynika także z zeznań kominiarza R:

P , który wskazał na i to, że ich usunięcie wymagało dwóch dni. W tej zatem kwestii, a więc że te roboty były wykonane prawidłowo, zeznania powoda nie są wiarygodne. Co do robót drogowych zeznania powoda są wiarygodne tylko w części dotyczącej zakresu przekazanej mu dokumentacji i odstąpienia od umowy z uwagi na stanowisko podwykonawcy. Nie są natomiast wiarygodne zeznania, że w oparciu o dokumentację opracowaną przez inwestora i przekazaną mu przez kierownika budowy nie można było wykonać poprawnie robót drogowych. Przeczą temu nie tylko zeznania świadków inwestora i L N ale także opinia PZiTB stanowiące miarodajne dowody w sprawie. Taki wniosek potwierdza także fakt wykonania tych robót przez A M w oparciu o tę samą dokumentację.

Co do robót wykończeniowych to zeznania powoda, że pojawiały się problemy związane z koniecznością wykonania ponownie tych samych robót uwagi na ich niszczenie przez innych podwykonawców w trakcie wykonania robót, są wiarygodne, bo znajdują potwierdzenie w zeznaniach świadka K I a ponadto obrazują je zdjęcia sporządzone przez pracowników powoda w dniu 11 czerwca 2012 r. (k. 213-224, 261-266). Wiarygodne są także zeznania powoda, że pozostałe roboty, określone w protokole z dnia 23 maja 2012 r., z wyjątkiem robót drogowych, które nie zostały w ogóle wykonane, oraz robót wykończeniowych, które zostały wykonane w 80%, były wykonane w całości. Nie zasługują natomiast na wiarygodność zeznania powoda, że roboty nie miały wad, skoro ich istnienie

potwierdzili liczni świadkowie. Sam powód przyznał zresztą, że do wykonania pozostały poprawki, zwłaszcza robót malarskich. Niezależnie od tego fakt ich występowania wynika z dołączonego przez powoda do pozwu załącznika do protokołu odbioru z dnia 11 lipca 2012 r. podpisanego przez pozwanego 1 i inspektorów nadzoru oraz kierownika OSiR (k. 254-257).

Nie są wiarygodne zeznania powoda, że ścianki działowe w pomieszczeniach sanitarnych były wykonane zgodnie z dokumentacją. To, że nie określa ona materiałów, z których mają być wykonane, nie oznacza, że można zastosować płyty wiórowe, bo konieczność zastosowania płyt HPL wynika z załącznika do umowy (k. 73). Ponadto jasne jest, że pod wpływem wilgoci będą „puchnąć”. W tej materii zeznania powoda są sprzeczne, z uznanymi za wiarygodne, zeznaniami świadka Pawła Ławskiego, którego ojciec na zlecenie powoda wykonał pierwotne ścianki działowe. Nie są wiarygodne zeznania powód, że wszystkie drzwi zostały poprawnie zamontowane, a inni podwykonawcy je uszkodzili, bo przeczą mu zeznania świadków. Wiarygodne są zeznania powoda, że zszedł z placu budowy w czerwcu 2012 r., a potem już ich nie podjął.

Zeznania pozwanego 1 M P (rozprawa z dnia 19 lipca 2013 r., 02.41.10-03.58.55, k. 596, s. 2 - 599) są wiarygodne częściowo, co dotyczy znajomości z powodem, zaproponowania mu zawarcia umowy. Nie budzą zastrzeżeń zeznania pozwanego 1 dotyczące robót drogowych, bo możliwość ich wykonania w oparciu o przekazaną powodowi dokumentację została potwierdzona przez świadków i opinię PZiTb. Wiarygodne są zeznania pozwanego 1 na temat robót posadzkowych wykonanych przez powoda, liczby pracowników powoda wykonujących prace, aneksu do umowy zawartej z inwestorem wydłużającym termin do czerwca 2012 r., niewłaściwym osadzeniu przez powoda drzwi, ścian działowych w pomieszczeniach sanitarnych, wzywania powoda do usunięcia wad, nienaliczenia G S kar umownych, zapłaty mu w całości wynagrodzenia. Zeznania na ten temat znajdują potwierdzenie albo w dowodach osobowych, albo w dokumentach, stanowiących miarodajne dowody w sprawie.

Nie są natomiast wiarygodne jego zeznania, że powód wentylację grawitacyjną wykonał tylko częściowo, bo przeczą mu nie tylko zeznania powoda, ale także

świadków J Ż -T i F P uznane za wiarygodne. Nie zasługują na to, aby dać im wiarę zeznania pozwanego 1, że to pracownicy powoda uszkodzili rury doprowadzające na parterze ciepło do grzejników, co spowodowało konieczność ich demontażu. Pozwany 1 zeznał, że dowiedział się o tym od swoich pracowników, a grzejniki zdemontowali pracownicy Gminy. Poza tymi zeznaniami, i to ze słyszenia, nie ma innych dowodów na to, że to pracownicy powoda spowodowali konieczność demontażu grzejników. Z tych względów zeznania pozwanego 1 w tej części nie zasługują na danie im wiary. To samo dotyczy zeznań na temat koordynacji i tłumaczenia, że na każdej budowie są problemy z koordynacją robót. Zastrzeżenia budzą zeznania pozwanego 1, że pozwana 2 potrąciła mu z wynagrodzenia kary umownych w wysokości 168 tys. zł. Pomijając pismo inwestora do pozwanego 1 z dnia 19 października 2012 r., w którym wskazał na naliczenie kar w wysokości 169.088,00 zł (k. 359), nie ma innych dowodów, że wynagrodzenie pozwanego 1 zostało pomniejszone o tę kwotę. Ponadto świadek S R zastępca burmistrza Gminy, zeznał jednoznacznie, że inwestor nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia pozwanego 1.

Opinię w sprawie opracował PZITB. Autorem opinii był inż. I J a zatwierdził ją dr inż. T N 768). Powód zgłosił do opinii zastrzeżenia w piśmie przygotowawczym z dnia 03 lutego 2015 r. (k. 784-789), do których PZITB odniósł się w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. (k. 854-856). Autor opinii na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. złożył zeznania podtrzymujące pisemną opinię (00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Zakres robót określony w wycenie kosztorysowej zakładał ułożenie kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm bezpośrednio na warstwie osączającej grubości 10 cm, co

jest niezgodne z zasadami projektowania dotyczącymi wykonywania ciągło pieszych, jak i dróg przeznaczonych dla pojazdów mechanicznych (opinia PZITB, k. 752-753).

Co do robót drogowych zarówno opinia pisemna, jak i zeznania jej autora, nie budzą zastrzeżeń. Odpowiadają na podstawione przez Sąd pytania zawarte w pkt 1 i 2 zlecenia, a odpowiedzi są jasne i fachowe. Autor opinii na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. podtrzymał opinię pisemną podkreślając, że była możliwość wykonania robót drogowych w oparciu o opracowane przez inwestora rysunki.

W zarzutach powoda dotyczących tej części opinii zawartych w piśmie przygotowawczym z dnia 03 lutego 2015 r. (k.785-788) została podniesiona kwestia wpustów w celu odwodnienia drogi. Autor opinii zeznał, że kwestia wpustów nie była uzgodniona, a zatem nie jest jasne, czy wpusty były konieczne, odpowiedział także na pytania powoda. Powód na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. złożył do akt sprawy rzut z góry planu sytuacyjnego (k. 862), który Sąd, z uwagi na obecność autora opinii, dopuścił jako dowód w sprawie. Pełnomocnicy pozwanych 1 i 2 wskazując na to, że złożenie tego rzutu jest spóźnione zgłosili zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Autor opinii nie był w stanie w oparciu o ten dokument odnieść się do tezy powoda, że wystąpiła różnica między kształtem i powierzchnią tego placu. Pozwana 2, mimo zobowiązania (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 01.02.35, k. 878), nie przedłożyła planu sytuacyjnego, natomiast na rozprawie w dniu 09 września 2015 r. jej pełnomocnik potwierdził, że jest on zgodny z dokumentacją stanowiącą załącznik do decyzji o wydaniu pozwolenia na budowę (00.02.04, k. 896). Autor opinii]

J. potwierdził poprawność tych ustaleń w zeznaniach na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. (00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Co do drugiego z pytań, dotyczących wykonania przez powoda robót określonych w dokumentach na k. 203-206, PZITB stwierdził w pisemnej opinii, że strony nie prowadziły księgi obmiarów robót, a ich zakres był określany szacunkowo w protokole odbioru. Autor opinii wysłuchał przedstawicieli stron podczas wizji lokalnej i stwierdził, że z punktu widzenia technologicznego zakres prac określony w tych dokumentach mógł być wykonany, a strony nie deklarowały zwiększonego zakresu (k. 757). Powód zakwestionował to stwierdzenie autora opinii w piśmie przygotowawczym z dnia 03 lutego 2015 r. (k. 788-789). PZITB podtrzymał opinię

w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. podkreślając, że średnia oznacza niejednolite zaawansowanie (k. 855). Także autor opinii nie zmienił stanowiska w trakcie przesłuchania (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Wprawdzie zarówno opinia, jak i zeznania jej autora są klarowne, to jednak nie przesądzą kwestii wynagrodzenia w wysokości stanowiącego dalsze 20%, tj. kwotę 87.387,68 zł. Jakkolwiek rację ma autor opinii co do znaczenia średniej procentowej zaawansowania robót, ale o wykonaniu przez powoda robót w większym lub w mniejszym stopniu decyduje całokształt materiału dowodowego, a jego analiza prowadzi do wniosku, że powód wykonał te roboty w całości. Kwestia ta będzie przedmiotem szczegółowych rozważań w uzasadnieniu prawnym.

Trzecie zagadnienie stanowiące przedmiot opinii dotyczyło wykonania robót dodatkowych określonych w kosztorysie powoda na k. 159-163 i ich wartości. W opinii pisemnej PZITB stwierdził, że roboty dodatkowe zostały wykonane w całości, co, jak wskazano w opinii, przyznali pozwani 1 i 2, i ustalił ich wartość brutto na dzień 21 maja 2012 r. według średnich cen określonych w kosztorysie szczegółowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy na kwotę 24.623,99 zł (k. 757-758). Powód zakwestionował wycenę dokonaną w opinii w piśmie przygotowawczym z dnia 03 lutego 2015 r. zarzucając, że sporządzając kosztorys robót dodatkowych korzystał z innego serwisu internetowego niż autor opinii. Jeżeli ten ostatni uwzględnił stawki INTERCENBUD powinien też przyjąć stawkę roboczogodziny z tego cennika, a nie stawkę 8,00 zł za godzinę (k. 789). PZITB w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. podtrzymał swoją opinię podkreślając, że powód do rozliczeń z pozwanym stosował stawkę 8,00 zł za godzinę, która była zaakceptowana przez pozwanego 1. Pozostałe stawki zostały przyjęte jako średnie (k. 856). Stanowisko to autor podtrzymał w trakcie zeznań (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867). W tej części opinia pisemna i zeznania jej autora stanowią miarodajny dowód w sprawie. Są jasne i logiczne. Zasadnie w opinii została przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 8,00 zł, skoro taka była stosowana w rozliczeniach z pozwanym 1, czego powodów nie neguje. Opinia uwzględniła także narzuty stosowane przez powoda w rozliczeniu z pozwanym 1, natomiast ceny materiałów i sprzętu średnie według bazy INTERCENBUD.

Uzasadnienie prawne

I. Roszczenia dochodzone pozwem

Uwagi ogólne

W pierwszej kolejności konieczne jest podjęcie problemu związanego z ustaleniem przez strony wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 650.000,00 zł, które obejmowało także wynagrodzenie za roboty drogowe. Powód odwołując się do zestawienia wartości wykonanych robót podpisanego w dniu 29 maja 2012 r. przez kierownika budowy i kierownika robót (k. 206) domaga się reszty wynagrodzenia z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/12/FVS (130.000,00 zł), określającej 80% wynagrodzenia za roboty wymienione w pkt 1-13 i 15 tego zestawienia, oraz dalszych 20% wynagrodzenia z pozycji 1-10, 12-13 i 15 tego zestawienia, stanowiącej 87.387,68 zł. Z pozycji 11 dotyczącej robót wykończeniowych (36.977,18 zł) powód w wymienionej fakturze ujął 80% (29.581,74 zł), natomiast nie wykonał dalszego zakresu tych robót, a zatem dalsza część wynagrodzenia, której dochodzi w procesie, tj. kwota 87.387,68 zł, nie obejmuje 20% robót wykończeniowych.

Powód nie domaga się wynagrodzenia, ujętego w wynagrodzeniu ryczałtowym, za drugi i parkingi (129.834,54 zł), których nie wykonał (wyjaśnienia pełnomocnika powoda na rozprawie w dniu 27 października 2015 r., 00.06.31-00.18.51, k. 920). Przedmiotem powództwa jest też wynagrodzenie za roboty dodatkowe w wysokości 29.781,19 zł.

Obrona pozwanej 2 ograniczyła się do powielenia zarzutów sformułowanych przez pozwanego 1 i do stwierdzenia, że w wyniku dokonanego przez pozwanego 1 potrącenia doszło do umorzenia zobowiązania generalnego wykonawcy, co czyni roszczenie oparte o art. 647¹ § 5 k.c. wobec inwestora bezzasadnym

1. Roszczenie w kwocie 130.000,00 zł

Powód w dniu 29 maja 2012 r. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr 0012/12/FVS na kwotę 255.896,51 zł z terminem płatności do dnia 28 czerwca 2012 r. (k. 207). Pozwany 1 zapłacił z tej faktury kwotę 125.896,51 zł. Powód domaga się zapłaty reszty należności w wysokości 130.000,00 zł.

Pozwany 1 nie kwestionuje zasadności tego roszczenia, natomiast twierdzi, że w wyniku potrącenia doszło do umorzenia wierzytelności z tego tytułu. Identyczne stanowisko zajęła pozwana 2.

W związku z tym nie ma potrzeby uzasadnienia tej części dochodzonego przez powoda roszczenia, które jest zasadne w świetle art. 647 k.c. wobec pozwanego 1, a wobec pozwanej 2 w świetle art. 647¹ § 5 k.c.

2. Roszczenie w kwocie 87.387,68 zł, stanowiące 20% wartości robót określonych w protokole z dnia 23 maja 2013 r. (k. 203)

Roszczenie powoda w tej części jest zasadne w całości. Kwestia wykonania robót dodatkowych była przedmiotem opinii PZITB, który stwierdził, że strony nie prowadziły księgi obmiarów robót, a ich zakres był określany szacunkowo w protokole odbioru. Autor opinii wysłuchał przedstawicieli stron podczas wizji lokalnej i stwierdził, że z punktu widzenia technologicznego zakres prac określony w tych dokumentach mógł być wykonany, a strony nie deklarowały zwiększonego zakresu (k. 757). PZITB podtrzymał opinię w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. podkreślając, że średnia oznacza niejednolite zaawansowanie (k. 855). Także autor I J opinii nie zmienił stanowiska w trakcie przesłuchania (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Wprawdzie zarówno opinia, jak i zeznania jej autora są klarowne, to jednak nie przesądzają rozstrzygnięcia kwestii wynagrodzenia w wysokości stanowiącego dalsze 20%, tj. kwotę 87.387,68 zł. Jakkolwiek rację ma autor opinii w kwestii znaczenia średniej procentowej zaawansowania robót, ale o wykonaniu przez powoda robót decyduje całokształt materiału dowodowego, a jego analiza prowadzi do wniosku, że powód wykonał te roboty w całości. Wynika to nie tylko z zeznań powoda i jego świadków, ale, co istotne, także z zeznań świadka pozwanego Krzysztofa Wasilewskiego, kierownika budowy oraz z zeznań inspektora nadzoru R

C Rację ma powód, że gdyby roboty określone w protokole z dnia 23 maja 2012 r., z wyjątkiem robót drogowych i wykończeniowych, nie były wykonane w całości, to niewątpliwie pozwany 1 wezwałby go do ich zakończenia.

W konsekwencji roszczenie w tej części jest także zasadne w oparciu o wymienione poprzednio podstawy prawne.

3. Roboty dodatkowe. Roszczenie w wysokości 29.781,19 zł

Umowa zawarta między powodem i pozwanym 1 o robotach dodatkowych stanowiła w § 9 ust. 4, zgodnie z którym powód powinien informować zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 3 dni od stwierdzenia konieczności ich wykonania. Strony zatem w umowie przewidziały możliwość zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych. Co istotne, podwykonawca miał w tej sprawie zawiadomić nie generalnego wykonawcę, lecz inspektora nadzoru.

Powód w sprawie robót dodatkowych kontaktował się z kierownikiem budowy A W który powiedział mu, że ma na temat rozmawiać z inspektorem nadzoru. Zakres robót dodatkowych był uzgadniany z inspektorem nadzoru W C Problem robót dodatkowych był poruszany na radach budowy. Pozwani 1 i 2 wiedzieli o robotach dodatkowych i akceptowali konieczność ich wykonania.

Roboty dodatkowe obejmowały wykonanie posadzki na parterze i I piętrze. Powód sporządził kosztorys robót dodatkowych, który został w niewielkim zakresie skorygowany przez W C (inspektora nadzoru). Powód po uwzględnieniu tej korekty przedstawił kosztorys na wykonanie robót dodatkowych na kwotę 29.781,19 zł. Fakt wykonania robót dodatkowych określonych w kosztorysie sporządzonym przez powoda został potwierdzony w opinii PZITB, a wartość brutto tych robót została ustalona w opinii PZITB na 24.623,99 zł (k. 758). Wprawdzie powód zakwestionował tę wycenę dokonaną w opinii w piśmie przygotowawczym z dnia 03 lutego 2015 r. zarzucając, że sporządzając kosztorys robót dodatkowych korzystał z innego serwisu internetowego niż autor opinii. Jeżeli ten ostatni uwzględnił stawki INTERCENBUD powinien też przyjąć stawkę roboczogodziny z tego cennika, a nie stawkę 8,00 zł za godzinę (k. 789). PZITB w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. podtrzymał swoją opinię podkreślając, że powód do rozliczeń z pozwanym stosował stawkę 8,00 zł za godzinę, która była zaakceptowana przez pozwanego 1. Pozostałe

stawki zostały przyjęte jako średnie (k. 856). Stanowisko to autor podtrzymał w trakcie zeznań (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867). W tej części opinia pisemna i zeznania jej autora zostały uznane za miarodajny dowód w sprawie. Zasadnie w opinii została przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 8,00 zł, skoro taka była stosowana w rozliczeniach z pozwanym 1, czego powód nie neguje. Opinia uwzględniła także narzuty stosowane przez powoda w rozliczeniu z pozwanym 1, natomiast ceny materiałów i sprzętu średnie według bazy INTERCEBUD.

W związku z tym roszczenie powoda o wynagrodzenie za roboty dodatkowej jest zasadne do wysokości 24. 623,99 zł, a podstawę roszczenia stanowią art. 647 k.c. wobec pozwanego 1 i art. 647¹ § 5 k.c. wobec pozwanej 2. Ta ostatnia nie tylko wyrażała zgodę na ich wykonanie, ale wręcz na to nastawała.

II. Zarzut potrącenia

Uwagi ogólne

Pozwany 1 M P podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powoda dochodzonych pozwem ze swoimi wierzytelności w wysokości 449.708,80 zł, przy czym w odniesieniu do wierzytelności powoda w kwocie 117.168,87 zł, czyli tych nie objętych fakturą VAT z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/12/FVS, z której nie kwestionuje roszczenia w wysokości 130.000,00 zł, zarzut ten podniósł z ostrożności, negując istnienie wierzytelności powoda w tym zakresie.

Wierzytelności pozwanego 1 przedstawione do potrącenia zostały wymienione w pkt 1-16 w odpowiedzi na pozew (k. 306-307).

Pozwany 1 w piśmie przygotowawczym z dnia 30 września 2015 r., zgodnie z zarządzeniem sądu, uzasadnił zarzut potrącenia, z wyjątkiem pkt 1, 8 i 16 (k. 901-903). Jak podkreślił pozwany 1 w tym piśmie, zasadniczym dokumentem, z którego wynikają wierzytelności przedstawione do potrącenia to zawarta umowa z załącznikami, tj. SIWZ i dokumentacja projektowa. Ponadto pozwany 1 odwołał się do faktur i noty księgowej wymienionych w pkt 1-9 pisma twierdząc, że stanowią one podstawę wierzytelności, a co do pozostałych wierzytelności wskazanych w pkt 12-15 odpowiedzi na pozew wynikają one z faktu zaniechania przez powoda wykonania

przewidzianych umową prac i wykonania ich przez pozwanego 1 w ramach zawartej z pozwaną 2 umowy (k. 901-903).

Powód w piśmie przygotowawczym z dnia 22 października 2015 r. odniósł się do twierdzeń zawartych w piśmie przygotowawczym pozwanego 1 z dnia 30 września 2015 r. Powód zakwestionował istnienie wierzytelności przedstawionych przez pozwanego 1 do potrącenia w odpowiedzi na pozew oraz w wymienionym piśmie (k. 905-908).

Dowód istnienia wierzytelności przedstawionych do potrącenia obciąża pozwanego 1 (art. 6 k.c.), a zatem jest on zobowiązany wykazać nie tylko podstawę, z której wierzytelność wynika, ale także jej wysokość.

Pozwany 1, jak wynika z odpowiedzi na pozew, przyjmuje do potrącenia wszelkie wynagrodzenie zapłacone osobom trzecim za prace wyszczególnione w odpowiedzi na pozew, wskazując jako podstawę prawną wierzytelności art. 636 § 1 k.c., który z mocy art. 656 § 1 k.c. ma odpowiednie zastosowanie do umów o roboty budowlane. Stosownie do tego przepisu, jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Zawarte przytoczonej normie prawnej sformułowanie o „wykonywaniu dzieła w sposób wadliwy” odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonywania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieła o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje (por. wyrok SN z 12 marca 2002 r., IV CKN 803/00, niepubl.). Wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to z kolei naruszenie uzgodnień stron co do przebiegu realizacji prac oraz cech powstającego dzieła. Dotyczy to również niestosowania się przez wykonawcę do wskazówek zamawiającego dotyczących wykonywania dzieła, o ile na podstawie umowy były one dla wykonawcy wiążące. Sąd Najwyższy w wyroku z 14 listopada 2008 r., V CSK 182/2008 (LexisNexis nr

2794774), uznał, że sprzeczność z umową, o której jest mowa w art. 636 k.c., dotyczy odstępstwa od określonego w umowie sposobu wykonywania dzieła, w tym wykonywania go, wbrew umownemu obowiązkowi, przez osoby trzecie.

Nie powinna być kwestionowana teza, że art. 636 § 1 k.c., ma zastosowanie na etapie wykonywania dzieła przez przyjmującego zamówienie, a nie po jego zakończeniu. W odniesieniu do ujawnionych potem wad w rachubę wchodzi odpowiedzialność z rękojmi, gwarancji, w razie jej zastrzeżenia, i odpowiedzialność odszkodowawcza *ex contractu* na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.).

1. Wierzytelność z tytułu wykonania robót drogowych w wysokości 202.104,99 zł

Przed przystąpieniem do rozważań na ten temat konieczne jest przypomnienie, że powód nie domaga się zasądzenia wynagrodzenia za te roboty.

Powód twierdzi, że był uprawniony do odstąpienia od umowy o wykonanie robót drogowych (dróg i parkingów), gdyż jego świadczenie objęte umową było podzielne. Roboty drogowe stanowiły odrębną całość, o czym świadczy załącznik nr 1 o umowy ustalający przedmiar robót i odrębne wynagrodzenie oraz protokół odbioru z dnia 29 maja 2012 r. Ponieważ pozwany 1 nie przedstawił do dnia odstąpienia od tej części umowy, a nawet później, dokumentacji projektowej powód był uprawniony do odstąpienia od umowy. Zakres robót wykonanych przez K M różnił się od zakresu, który miał wykonać powód. W związku z tym roszczenie pozwanego 1 z tytułu zastępczego ich wykonana są bezpodstawne (pismo przygotowawcze powoda z dnia 13 maja 2013 r. (k. 451-452)).

Umowa zawarte przez strony obejmowała niewątpliwie roboty drogowe; uwzględniało je wynagrodzenie ryczałtowe. Pełnomocnicy stron na rozprawie w dniu 09 września 2015 r. przyznali, że jest to poza sporem (00.04.36, k. 897).

W wyroku z dnia 19 marca 2004 r. (IV CK 172/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 56) Sąd Najwyższy zaprezentował stanowisko, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.). Nie sposób się z nim zgodzić. Na aprobatę zasługuje natomiast odmienny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2002 r. (IV CKN 821/00, LEX nr 54375). Zgodnie z jego tezą 2, charakter podzielny ma istotny swojej świadczenie pieniężne oraz z reguły świadczenie rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku. Świadczenie

rzeczy oznaczonej co do tożsamości jest zawsze niepodzielne. Bez względu na to, czy chodzi o umowę o roboty budowlane czy umowę o dzieło, wykonywanie oczyszczalni nie może być uznane za świadczenie podzielne. Podzielenie tego przedmiotu na poszczególne elementy spowoduje bowiem istotną zmianę jego właściwości.

Aprobata tej opinii nie wyklucza jednak dokonanie *in concreto* odmiennej oceny przedmiotu świadczenia wykonawcy robót budowlanych, co dotyczy na przykład przypadku, w którym jedna umowa o roboty budowlane obejmuje zupełnie odrębne obiekty. Obiektem budowlanym w rozumieniu art. 647 k.c. jest bowiem określony rezultat robót budowlanych, który w dokumentacji projektowej stanowi samoistną całość, dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym. Taka definicja obiektu pozwala na objęcie nią zarówno tych umów, w których wykonawca zobowiązał się do wykonania wszystkich prac związanych z obiektem budowlanym w rozumieniu prawa budowlanego, jak i umów o wykonawstwo częściowe i podwykonawstwo. O tym, że ustawodawca uznaje te ostatnie za umowy o roboty budowlane świadczą regulacje art. 647¹ k.c. Jest w nich bowiem mowa *expressis verbis* o podwykonawcy (§ 2, 3 i 5).

Przykładów umów, w których świadczenie wykonawcy jest podzielne dostarczają umowy o wykonanie remontu budynku lub budowli, do których z mocy art. 658 k.c. należy stosować odpowiednio przepisy tytułu XVI księgi trzeciej k.c. Zagadnienia te nie wymagają szerszych rozważań. Niejednokrotnie umowa o wykonanie remontu budynku lub budowli ze względu na przyjęty zakres i charakter świadczenia wykonawcy (świadczenie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej, podlegające zindywidualizowanemu nadzorowi, a także możliwe do oceny stosownie do wymagań prawa budowlanego) powinna być traktowana wprost jako umowa o roboty budowlane. Umową o roboty budowlane będzie zatem umowa, której przedmiotem jest wykonanie remontu polegającego na ułożeniu posadzek epoksydowych w części budynku (wyrok SN z 17 lipca 2008 r., II CSK 112/2008, LexisNexis nr 2020380).

Ustawową definicję świadczenia podzielnego zawiera art. 379 § 2 k.c. Z definicji tej wynika, że podzielność świadczenia zachodzi wówczas, gdy przy jego spełnianiu

częściami, występują kumulatywnie dwie przesłanki. Po pierwsze, zachowany musi być bez istotnej zmiany przedmiot świadczenia, co oznacza, że poszczególne części muszą mieć wszystkie istotne właściwości całego świadczenia. Po drugie, wartość świadczenia nie może ulec istotnej zmianie.

Analiza umowy łączącej powoda pozwanego 1 nie pozostawia wątpliwości, że roboty drogowe stanowiły odrębne świadczenie od pozostałych wymienionych w jej § 1 prac. Za taką wykładnią czynności prawnej przemawia już tylko to, że nie wymienia ich wskazany § 1 umowy, natomiast załącznik do umowy określa przedmiar robót i wynagrodzenie za wykonanie robót drogowych. Nie budzi w związku z tym zastrzeżeń stanowisko powoda, że jego świadczenie było podzielne w tym sensie, że możliwe było spełnienie świadczenia polegającego na wykonaniu robót drogowych niezależnie od wykonania pozostałych robót objętych umową. W konsekwencji nie było też przeszkód do odstąpienia od tej części umowy. Inną sprawą jest to, czy istniały podstawy do odstąpienia.

Jak ustalił PZITB między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był tylko plan sytuacyjny. Zgodnie ze szkicami przekazanymi powodowi miała być warstwa odsączająca (piasek), potem beton (12 cm), podsypka piasku (5 cm) i kostka. Przekazane powodowi rysunki drogi (k. 166-172), jako uzupełnienie i modyfikacja projektu budowlanego, były prawidłowe w zakresie technologii wykonania robót drogowych, a więc było możliwe na ich podstawie wykonanie drogi na terenie OSiR, lecz nie w zakresie opisanym dokumentacji przetargowej. Zakres robót opisany w tej dokumentacji był niespójny wewnętrznie i niezgodny z zasadami technologicznymi wykonania wewnętrznych robót drogowych.

Między kierownikiem budowy i kierownikiem robót na początku marca 2012 r. została wymieniona korespondencja mejlowa związana z robotami drogowym.

Kierownik budowy K W w dniu 09 marca 2012 r. przekazał powodowi skany rysunków drogi do projektu budowlanego, w tym opracowane przez L N zaznaczając, że inwestor ma się wypowiedzieć do 14 marca co do zakresu prac. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był tylko plan sytuacyjny. Powód otrzymał jedynie rzut z góry (k. 168 i 171).

R W, który miał na zlecenie powoda wykonać roboty drogowe, nie wyraził zgody na ich wykonanie z uwagi na konieczność udzielenia 5-letniej gwarancji. R W uznał za wadliwą technologię wykonania robót polegającą na podsypce z pisaku, która nie gwarantowała wytrzymałości. Według niego konieczne było też wykonanie w pierwszej kolejności placu manewrowego, a potem drogi.

W dniu 26 marca 2012 r. powód w piśmie skierowanym do pozwanego 1 wskazał, że w razie zaprojektowania podbudowy drogi, w której warstwą końcową będzie zagęszczona warstwa piasku nie będzie możliwe udzielenie gwarancji na okres dłuższy niż 24 miesiące. Powód przesłał też wycenę zaprojektowanej drogi na kwotę 190.087,57 zł i zażądał udzielenia jak najszybszej odpowiedzi (k. 177-184).

W piśmie dnia 26 kwietnia 2012 r. powód podkreślił wycofanie się przez zamawiającego z wykonania dróg i parkingów oraz zlecenie w tym zakresie robót zamiennych oraz wezwał go do przekazania zaktualizowanego projektu budowlanego dotyczącego tych robót w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy, a w piśmie z dnia 10 maja 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od części umowy w odniesieniu do robót drogowych i parkingu (k. 185).

O robotach drogowych była mowa także po złożeniu przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 10 maja 2012 r. (k. 186).

Na naradzie w dniu 23 maja 2012 r. inwestor oświadczył, że przekaże rysunki, na których zostaną zaznaczone rzędne wpustów do dnia 24 czerwca 2012 r. (pkt 5, k. 132).

Umowa łącząca powoda i pozwanego 1 nie przewidywała uprawnienia podwykonawcy do odstąpienia, zastrzegając je jedynie na rzecz generalnego wykonawcy (§ 18, k. 66-67).

Przepisy tytułu XVI księgi trzeciej k.c. nie normują uprawnienia wykonawcy do odstąpienia od umowy. Co istotne, przepis art. 656 § 1 k.c. nie zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania art. 640 k.c., zgodnie z którym, jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Umowa o roboty budowlane stanowi wprawdzie odrębny typ umowy nazwanej, ale nie ma wątpliwości co do jej pochodzenia od umowy o dzieło i ścisłego związku z tą umową, o czym świadczy m.in. zakres odesłania z art. 656 § 1 k.c. Uprawniona jest teza, że umowa o roboty budowlane stanowi wyspecjalizowany typ umowy o dzieło. Brak odpowiednika art. 640 k.c. w tytule XVI księgi trzeciej k.c. oraz odesłania do tego przepisu w art. 656 § 1 k.c. stanowi lukę konstrukcyjną w prawie. Nie wymaga uzasadnienia teza, że sytuacja objęta hipotezą tego unormowania występuje najczęściej w stosunkach prawnych wynikających z umowy o roboty budowlane. W związku z tym należy *per analogiam legis* stosować art. 640 k.c. do umów o roboty budowlane.

Brak współdziałania, o którym mowa w tym przepisie, polega m.in. na niedostarczeniu przez zamawiającego wykonawcy dokumentacji projektowej lub dostarczenie wadliwej dokumentacji i jej niepoprawienie.

Jak była o tym mowa, co potwierdziła opinia PZITB, między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczył innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. W związku powód, jak było

o tym mowa, nie miał pewności co do sposobu wykonania robót, jego zakresu i wynagrodzenia.

Pozwany 1, mimo wzywania i zagrożenia odstąpieniem od umowy w piśmie z dnia 26 kwietnia 2014 r. (k. 185), i bezskutecznym upływie terminu, nie dostarczył poprawnej dokumentacji dotyczącej robót drogowych, co uprawniało powoda, w świetle powołanego przepisu do odstąpienia od tej części umowy. W konsekwencji oświadczenie powoda zawarte w piśmie z dnia 10 maja 2014 r. (k. 186) wywołało skutek prawny. Warto dodać, że pozwany 1 również później, mimo gotowości powoda, nie dostarczył prawidłowej dokumentacji.

Wprawdzie, roboty drogowe wchodzące w zakres inwestycji, mogły być wykonane na podstawie rysunków sporządzonych przez L N ale w świetle opisanych w opinii PZITB sprzeczności między zakresem prac określonych w kosztorysie a zakresem tych prac określonych w dokumentacji powód zasadnie obawiał się o poprawne wykonanie robót.

Odmiennego wniosku nie uzasadnia fakt ustalenia przez powoda i pozwanego 1 w umowie wynagrodzenia ryczałtowego. Jasne jest bowiem, że w takim wypadku wykonawca nie może domagać się zapłaty wynagrodzenia za roboty niewykonane, natomiast nie przesądza to o obowiązku zwrotu zamawiającemu wynagrodzenia poniesionego w związku z wykonaniem tych prac przez innego wykonawcę.

Pozwany 1 twierdzi, że podstawę wierzytelności przedstawionej do potrącenia z w kwocie 202.104,99 zł stanowi art. 636 § 1 k.c. W świetle przedstawionego poprzednio wyводу stan faktyczny sprawy nie jest objęty hipotezą wymienionego przepisu, który dotyczy sytuacji, w której przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową. Niezależnie od przedstawionych argumentów, w świetle których powód był uprawniony do odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c., co wyklucza zastosowanie art. 636 § 1 k.c., należy przywołać dalsze. Jak była o tym mowa poprzednio, zawarte w tej normie sformułowanie o „wykonywaniu dzieła w sposób wadliwy” odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonywania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieła

o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje. Wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to z kolei naruszenie uzgodnień stron co do przebiegu realizacji prac oraz cech powstającego dzieła. Dotyczy to również niestosowania się przez wykonawcę do wskazówek zamawiającego dotyczących wykonywania dzieła, o ile na podstawie umowy były one dla wykonawcy wiążące.

W powołanym przez pozwanego wyroku z dnia 16 sierpnia 1972 r. (III CRN 202/72, OSNC 1973, nr 5, poz. 81) Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony w umowie o dzieło określiły wynagrodzenie ryczałtowo, to okoliczność, że przyjmujący zamówienie nie wykonał wszystkich robót, co zmusiło zamawiającego do powierzenia wykończenia dzieła innej osobie (art. 636 § 1 k.c.), nie oznacza przekreślenia ryczałtowości wynagrodzenia. W takiej sytuacji należy od umówionego wynagrodzenia ryczałtowego odliczyć to, co zamawiający musiał wydatkować na dokończenie dzieła, nie zaś określać wysokość wynagrodzenia na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych robót.

Wbrew pozorom, i stanowisku pozwanego 1, sytuacja w sprawie jest jednak odmienna, a powód nie wykonał robót drogowych z uwagi na brak współdziałania ze strony zamawiającego (pozwanego 1).

W konsekwencji art. 636 § 1 k.c. nie znajduje w sprawie zastosowania. Nawet jednak przyjąć inaczej, to i tak, wbrew opinii pozwanego 1, zamawiający nie może domagać się od powoda całego wynagrodzenia zapłaconego wykonawcy zastępczego. Prawidłowa wykładnia końcowej części unormowania, w którym jest mowa o powierzeniu dokończenia dzieła osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, jest on zobowiązany do zwrotu kosztów pozostających w adekwatnej relacji przyczynowej ze wspomnianymi czynnościami wykonania zastępczego. Należy zatem dokonywać odpowiedniej oceny zasadności poniesionych przez zamawiającego wydatków na wykonanie zastępcze, aby uniknąć obciążenia przyjmującego zamówienie nieproporcjonalnymi kosztami (wyrok SN z 15 lipca 2004 r., V CK 2/2004, LexisNexis nr 1826366). Warto też podkreślić, że wprawdzie przyjmującego zamówienie obciążają koszty poniesione przez zamawiającego na wykonane zastępczo roboty, ale przy zachowaniu jego wynagrodzenia wynikającego

z umowy o dzieło. Innymi słowy, przyjmujący zamówienie otrzyma za roboty wykonane zastępczo przez osobę trzecią wynagrodzenie określone w umowie o dzieło, natomiast będzie zobowiązany wyrównać zamawiającemu zwiększone koszty, stanowiące różnicę między wynagrodzeniem umownym, a zapłaconym przez zamawiającego osobie trzeciej.

W rozpoznawanej sprawie trudność byłaby związana z tym, że, jak ustalił PZITB, między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. W konsekwencji nie sposób ustalić wynagrodzenia powoda ustalonego w umowie za wykonanie robót drogowych, a jeśli tak nie ma możliwości ustalenia różnicy wynagrodzenia, o której była mowa. K M wykonała roboty wprowadzając w oparciu o sporządzone przez Najderka rysunki, ale ich zakres, a tym samym wynagrodzenie, jest różny od tego, który wynikał z załącznika nr 1 do umowy. Wykluczyć nie można sytuacji, w której wynagrodzenie powoda za roboty drogowe byłoby identyczne, jak to, które zapłacił pozwany 1. Nie sposób jednak przyjąć, że ryczałt ustalony na 650.000,00 zł obejmował wynagrodzenie za roboty drogowe, które same przecież miały wartość 202.000,00 zł.

W konsekwencji w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, nie sposób ustalić relacji między zakresem wykonanych zastępczo przez pozwanego 1 robót drogowych z tymi, które miał wykonać powód. Wyklucza to więc, bez opinii biegłego, a w tym zakresie nie było inicjatywy pozwanych, ustalenie, czy wystąpił zwiększony koszt wykonania robót drogowych, o których mowa w art. 636 § 1 *in fine* k.c.

Z tych wszystkich względów zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 202.104,99 zł jest chybiony.

2. Wierzytelność z tytułu wykonania robót wykończeniowych wysokości 107.588,00 zł

Powód roboty wykończeniowe, których wartość, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, określono na 36.977,18 zł, wykonał w 80%, czyli o wartości 29.581,74 zł, co wynika z protokołu podpisanego przez inspektora nadzoru w dniu 23 maja 2012 r. (k. 203), z zestawienia z dnia 29 maja 2012 r. podpisanego także przez kierownika robót (k. 206), a także z dowodów osobowych. Pozwani nie negują zresztą faktu wykonania 80% tych robót przez powoda.

W dniu 11 lipca 2012 r. przedstawiciele pozwanego 1 i inwestora, bez udziału powoda, (k. 254-257), stwierdzili niedoróbki robót budowlanych wykonanych przez powoda, które spisali w protokole.

Nie było formalnego przekazania robót przez powoda pozwanemu 1. Powód nieprawidłowo wykonał szereg robót, w tym szpachlowanie i malowanie pomieszczeń, co spowodowało konieczności wykonania tych robót przez innego podwykonawcę pozwanego 1. To samo dotyczyło drzwi i futryn. Powód wykonał malowanie farbami, które przy dokonywaniu poprawek „przebijały”.

Wykonanie prac wykończeniowych pozwany 1 powierzył G S z którym w dniu 18 lipca 2012 r. zawarł o wykonanie prac na obiekcie OSiR w Mosinie za wynagrodzeniem w wysokości 107.588,00 zł . Zakres prac wynikał z dołączonego do umowy sporządzonego przez G S kosztorysu, który obejmował roboty wykończeniowe. Ten ostatni wystawił za wykonane roboty dwie faktury VAT: w dniu 30 sierpnia 2012 r. nr 1/08/2012 na kwotę 47.970,00 zł i w dniu 28 września 2012 r. nr 2/09/2012 na kwotę 59.618,00 zł. Pozwany 1 zapłacił należności wynikające z tych faktur gotówką.

Zarzut potrącenia kwoty 107.588,00 zł jest bezzasadny.

Wbrew stanowisku powoda, nie ma podstaw do kwestionowania zapłaty przez pozwanego 1 G S wynagrodzenia w wysokości określonej w umowie. Materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że pozwany 1 zapłacił powodowi należności wynikające z wystawionych przez G S faktur VAT. Zarzut powoda, że doszło lub mogło dojść do naruszenia, wynikającego z art. 22 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, obowiązku zapłaty za pośrednictwem

rachunku bankowego, jest o tyle chybiony, że nie ma znaczenia z punktu widzenia spełnienia świadczenia. Innymi słowy, zapłata gotówką, a więc dokonana z naruszeniem art. 22 tej ustawy, też powoduje umorzenie zobowiązania.

Stwierdzenie to nie przesądza trafności zarzutu potrącenia. Przed przystąpieniem do jego analizy, konieczne jest podkreślenie, że nie jest jasne, czy wierzytelność pozwanego I dotyczy niewykonania przez powoda części robót wykończeniowych (20%), czy wadliwego wykonania robót i w związku z tym zlecenie ich dokończenia

G S Pozwany I nie sformułował w tej materii jednoznacznego stanowiska, co utrudnia ocenę zarzutu potrącenia.

Z uzasadnienia odpowiedzi na pozew wynika, że pozwany I wywodzi swoje roszczenie w wysokości 107.588,00 zł z art. 636 § 1 k.c.

Stan faktyczny sprawy nie podpada jednak pod ten przepis. Jak była o tym mowa, znajduje on zastosowanie na etapie wykonywania przez przyjmującego zamówienie działa, a nie po jego zakończeniu. Powód w momencie zawarcia przez pozwanego I z G S w dniu 18 lipca 2012 r. umowy nie wykonywał już żadnych prac wykończeniowych. Pozwany I wzywał powoda do wykonania robót wykończeniowych (pismo z dnia 06 czerwca 2012 r., k. 211), ale nie wykazał, że po stwierdzeniu w dniu 11 lipca 2012 r. wad i ich spisaniu z udziałem inspektorów nadzoru (k. 254-257) wezwał powoda do ich usunięcia i wyznaczył mu w tym celu termin, co potwierdza jego pismo z dnia 13 lipca 2012 r. (k. 252-253). Co więcej materiał dowodowy prowadzi do wniosku, że powód nie miał możliwości przystąpienia do dalszych robót z uwagi na wykonywanie robót przez innych podwykonawców, w trakcie których dochodziło do niszczenia wykonanych przez niego prac.

Wykluczenie zastosowania art. 636 § 1 k.c. nie przesądza jeszcze o bezzasadności zarzutu potrącenia z wierzytelnościami powoda wynagrodzenia zapłaconego przez pozwanego I G S Niewątpliwie koszty związane z usuwaniem wad stanowią szkodę poniesioną przez pozwanego I w związku z nienależytym wykonaniem przez powoda umowy.

Ciężar dowodu przesłanek z art. 471 k.c. obciąża jednak pozwanego I, co dotyczy nie tylko faktu naruszenia zobowiązania, ale także szkody, jej wysokości i normalnego

związku przyczynowego między tymi faktami w rozumieniu art. 363 § 1 k.c. Pozwany I nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, ograniczając się do dołączenia do odpowiedzi na pozew umowy zawartej z G S oraz wykazania faktu zapłaty mu wynagrodzenia.

Wprawdzie powód nie wykonał całości prac wykończeniowych, ale, co istotne, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, całe wynagrodzenie za te prace opiewało na 36.977,18 zł, a materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że powód wykonał 80% tych robót i tylko za ten zakres robót domagał się wynagrodzenia w fakturze VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r. Powód był gotów do dokończenia tych prac, ale z uwagi na brak koordynacji robót przez pozwanego I, niszczenie poprzednio wykonanych prac i brak frontu robót ich nie dokończył. Jeżeli wierzytelność przedstawiona do potrącenia dotyczy kosztów związanych z usunięciem wad, to pozwany powinien przede wszystkim wykazać, że G S wykonywał te prace, których nie wykonał powód albo, które były wykonane wadliwie. Z zawartej między pozwanym I i G S w dniu 18 lipca 2012 r. umowy (k. 336-338) nie wynika to jasno. Zakres robót wykonanych przez G S, określony w załączniku do umowy (k. 339), nie pozwala na jednoznaczne przesądzenie tej kwestii, a tym samym ustalenie związku przyczynowego między naruszeniem przez powoda zobowiązania (niedokończeniem prac wykończeniowych lub wykonania ich za wadami) a poniesioną przez powoda szkodą. Pomijając tę okoliczność konieczne jest podkreślenie zasadniczej różnicy między wysokością wynagrodzenia G S określoną w umowie na kwotę 107.588,00 zł a wynagrodzeniem za całe roboty wykończeniowe, które miał otrzymać powód (36.977,18 zł (k. 206)). Jak była o tym mowa, powód wykonał prace wykończeniowe w 80%, a zatem do wykonania pozostały prace o wartości 7.395,44 zł. Na pozwanym I spoczywa ciężar dowodu, że prace, objęte umową zawartą z G S stanowią prace, którym powód nie wykonał lub polegały na usunięciu wad robót wykonanych przez powoda. Tylko w takim przypadku możliwe byłoby przesądzenie, czy i w jakim zakresie koszty poniesione przez pozwanego I (szkoda) pozostają w normalnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda. Przesądzenie tej kwestii nie jest możliwe w oparciu o tekst umowy

zawartej z G S i załącznik do niej, tym bardziej zważywszy na określone w tym załączniku ceny. Nie jest bowiem wystarczające przekonanie, że część z tych prac rzeczywiście dotyczy albo prac niewykonanych, albo wykonanych wadliwie, skoro pozwany 1 nie jest w stanie wykazać o jakie konkretnie prace chodzi, jaki jest ich zakres i wartość. Nie sposób przecież przyjąć, że szkoda poniesiona przez pozwanego 1 przekracza prawie trzykrotnie wartość wszystkich robót wykończeniowych, które miał wykonać powód. W konsekwencji i skoro nie jest możliwe ustalenie normalnego związku przyczynowego między naruszeniem zobowiązania przez powoda a poniesioną przez pozwanego 1 szkodą zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda wierzytelności w kwocie 107.500,00 zł należało uznać za bezzasadny.

3. Wierzytelność z tytułu kar umownych w kwocie 83.200,00 zł

Pozwany 1 podniósł zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda wierzytelności z tytułu kar umownych za zwłokę w usunięciu wad. W odpowiedzi na pozew pozwany 1 wskazał, że na podstawie § 19 ust. 1 umowy zasadne było naliczenie powodowi kar umownych za 64 dni zwłoki w kwocie 83.200,00 zł, za okres tożsamy z okresem, za jaki pozwana 2 naliczyła mu kary umowne (k. 307).

Umowa łącząca powoda z pozwanym 1 w § 19 ust. 1 lit a przewidywała kary umowne za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (k. 68). Termin zakończenia robót został ustalony do dnia 30 maja 2012 r., który został przesunięty o miesiąc, do dnia 30 czerwca 2012 r.

Z materiału dowodowego wynika, że powód zszedł z terenu budowy w lipcu 2012 r., bez sporządzenia protokołu przekazania pozwanemu 1 prac. Generalny wykonawca, poza wskazaniem na 64 dni opóźnienia, nie uzasadnił takiego opóźnienia, nie przedstawił wyliczenia kar umownych oraz nie wezwał powoda do ich zapłaty, co stanowi warunek uznania, że roszczenie z tego tytułu jest wymagalne (art. 455 k.c.). Sam fakt naliczenia przez inwestora generalnemu wykonawcy kar umownych nie przesądza o tym, że pozwanemu 1 należą się kary umowne. Pozwany 1 nie wykazał, że w terminie do końca czerwca 2012 r. powód nie wykonał robót. Kwestia zwłoki w wykonaniu prac nie stanowiła przedmiotu szczegółowych ustaleń. Niezależnie od

tego i tak pozwany 1 nie wezwał powoda do zapłaty kar umownych, nie przedstawił ich wyliczenia.

Z tego względu zarzut potrącenia kwoty 83.200,00 zł jest bezzasadny.

4. Zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 615,00 zł i w kwocie 9.400,32 zł

Pozwany podniósł zarzut potrącenia z tytułu kosztów odbioru przewodów kominowych w kwocie 615,00 zł. Budynek był wyposażony w wentylację mechaniczną. Inwestor zdecydował jednak o konieczności wykonania wentylacji grawitacyjnej. Inspektor nadzoru W C polecił powodowi jej wykonanie. Powód przebił otwory, położył przewody wentylacyjne, które zakończył dachówką systemową. Ponieważ nie było ciągu w wentylacji pozwany 1 zlecił sprawdzenie instalacji R i P kominarzowi, który stwierdził brak ciągu, a po zdemontowaniu kratki ustalił, że w kilku miejscach nie było połączenia rury z miejscem odległym od kratki, co powodowało, że powietrze nie było odprowadzane z pomieszczenia, lecz między stropem a sufitem; nie były drożne niektóre przewody z uwagi na ich zapchanie. Między dachem a stropem przewody nie miały termoizolacji. W jednym pomieszczeniu był za duży odcinek między kratką wentylacyjną a pionowym przewodem kominowy. R P (kominarz) wskazał pozwanemu 1 na sposób usunięcia wad wentylacji, a ten ostatni je usunął. R P w dniu 27 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 fakturą VAT za odbiór przewodów kominowych w kwocie 615,00 zł (k. 322).

Koszty poniesione przez pozwanego 1 niewątpliwie stanowią szkodę pozostającą w normalnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniu przez powoda wentylacji (art. 471 w zw. z art. 361 § 1 k.c.), a zatem zarzut potrącenia w tej części jest zasadny.

Powód nieprawidłowo wykonał ścinki działowe w sanitariatach. Ścianki sanitarne (dzielące sanitarium) zostały przez powoda wykonane z niewłaściwego materiału, z płyty laminowanej, paździerzowej. Pierwotnie ścianki na zlecenie powoda wykonał ojciec P Ł, a ten ostatni opracował kosztorys dla ojca. I on i jego ojciec informowali powoda, że ściany wiórowe nie nadają się do tych pomieszczeń, ale kierownik robót powoda W F zdecydował, że chce takie ścianki, które są o wiele tańsze niż z płyty HLP. Pozwany 1 wezwał powoda do poprawienia

ścianek (przegród i przepierzeń) w pomieszczeniach sanitarnych wykonanych z płyt wiórowych przez zastosowanie ścianek z HLP zgodnie z umową. Ponieważ powód, mimo wezwania, nie dokonał poprawek pozwany powierzył ich wykonanie P.

Ł., który miał zdemontować i ponownie zamontować ścianki działowe w 3 albo 4 pomieszczeniach sanitarnych. P. Ł. miał zastosować płyty HLP. Prace wykonał na przełomie 2012 i 2013 r. P. Ł. wymienił płyty we wszystkich pomieszczeniach sanitarnych, także w tych, w których nie było pryszniców. W pomieszczeniach mokrych zdemontowanych i zamontowanych została od 9 do 12 ścianek, a jednym pomieszczeniu 2 albo 3. P. Ł. w dniu 31 stycznia 2013 r. wystawił fakturę nr FV/20/2013 na kwotę 17.200,32 zł (k. 335). Część zapłaconego tej osobie wynagrodzenia pokrył ubezpieczyciel, natomiast co do pozostałej części w wysokości 9.400,32 zł pozwany 1 podniósł zarzut potrącenia.

W świetle przedstawionego wyводу zarzut ten jest zasadny (art. 471 k.c.).

5. Pozostałe zarzuty

Zarzut potrącenia pozostałych wierzytelności jest chybiony. Pozwany, poza podniesieniem zarzutu w odpowiedzi na pozew (k. 88-307), w piśmie przygotowawczym z dnia 30 września 2015 r. wskazał jedynie na faktury VAT (k.901-903). Powód w piśmie przygotowawczym z dnia 22 października 2015 r. odniósł się do poszczególnych wierzytelności pozwanego 1 (k. 905-908).

a) Co do wierzytelności za wywóz odpadów w kwocie 340,00 zł, to pozwany 1 nie wykazał, że powód nie wywiózł odpadów, co czyni też zarzut bezzasadnym w świetle art. 471 k.c.

b) Wierzytelności z tytułu kosztów związanych z robotami dekarскими (10.200,00 zł). Roboty dekarские nie były objęte umową łączącą strony (§ 1 ust. 1, k. 59-60). Pozwany 1 nie wzywał powoda do uzupełnienia lub poprawienia prac. Nie są one też wymienione w zestawieniu niedoróbek z dnia 11 lipca 2012 r. (k. 254-257). Nie ma tym samym podstaw do uznania, że powód wykonał te roboty nienależycie, a tym samym uwzględnienia zarzutu potrącenia (art. 471 k.c.).

c) Wierzytelność z tytułu zabudowy kanałów wentylacyjnych w wysokości 9.215,16 zł.

Zabudowa kanałów wentylacyjnych stanowiła prace dodatkowe. Przedstawiciele pozwanego 1 w obecności przedstawicieli powoda oświadczył w notatce z dnia 27 lipca 2012 r., że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych (k. 275-276). Pomijając tę okoliczność pozwany 1 nie wykazał, że powód nienależycie wykonał zobowiązanie w tym zakresie. W konsekwencji zarzut potrącenia jest chybiony.

d) Wierzytelności z tytułu wynajmu kontenerów (6.399,69 zł), świadectwa energetycznego (861,00 zł), naprawy orygnnowania (322,00 zł), ochrony obiektu (500,00 zł) i sporządzenia dokumentacji powykonawczej (400,00 zł).

Pozwany 1 nie wykazał, że umowa stron obejmowała wykonanie przez powoda tych obowiązków, a tym samym nie może być mowy o ich nienależytym wykonaniu umowy, co wyklucza roszczenia odszkodowawcze.

e) Wierzytelność z tytułu dodatkowej opłaty za energię i wodę po przekroczeniu czasu budowy w wysokości 2.362,60 zł.

Powód w świetle łączącej go z pozwanym 1 umowy nie był zobowiązany do ponoszenia kosztów poboru energii i wody. Pozwany 1 twierdzi, że w związku ze zwłoką w wykonaniu przez powoda robót poniósł dodatkowe opłaty z tego tytułu. Pozwany 1 nie wykazał jednak, że poniesione koszty (szkoda) pozostawały w normalnym związku przyczynowym ze zwłoką powoda w wykonaniu robót. Jak była o tym mowa poprzednio, kwestia uchybienia terminowi zakończenia robót nie była przedmiotem szczegółowych ustaleń. Niezależnie od tego rację ma powód, że na terenie obiektu roboty, także po dniu 30 czerwca 2012 r. wykonywali inni podwykonawcy pozwanego 1. Ten ostatni nie wykazał, że dodatkowe opłaty były związane tylko ze zwłoką powoda, co wyklucza uznanie zarzutu potrącenia za zasadny.

f) Wierzytelność z tytułu kosztów poprawienia poręczy w wysokości 600,00 zł.

Pozwany 1 nie wykazał, że powód wadliwie wykonał poręczę, a ponadto nie wzywał go do poprawienia ich wykonania. Wyklucza to, z powodu braku przesłanki z art. 471 k.c., uznanie, że przysługuje mu wierzytelność z tego tytułu.

g) Wierzytelność z tytułu obsługi technicznej (koordynatora i kierownika budowy) w kwocie 7.500,00 zł.

Nie sposób uznać, że koszty związane z zatrudnieniem tych osób mają obciążać powoda, jako podwykonawcę, a zatem zarzut potrącenia jest chybiony.

Podniesiony przez pozwanego 1 zarzut potrącenia jest więc zasadny jedynie w wysokości 10.045,32 zł (615,00 zł plus 9.430,32 zł).

Z żądanej przez powoda w pozwie kwoty zasadne jest natomiast roszczenie stanowiące sumę kwot: 130.000,00 zł, 87.387,68 zł i 24.623,99 zł, a zatem 242.011,67 zł

W związku z tym roszczenie powoda, w kwocie 242.011,99 zł, należy pomniejszyć o 10.045,32 zł, co daje kwotę 231.966,67 zł, którą należało zasądzić solidarnie od obu pozwanych; od pozwanego 1 na podstawie art. 647 k.c., a od pozwanej 2 na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.

Co do odsetek, to od pozwanego 1 M F należało je zasądzić od kwoty 119.954,68 zł od dnia 29 czerwca 2012 r. Jest to kwota stanowiąca resztę należności z faktury VAT nr 0012/12/FVS w wysokości 130.000,00 zł pomniejszona o kwotę 10.045,32 zł z tytułu potrącenia. Odsetki należą się od dnia 29 czerwca 2012 r., a więc od następnego dnia po upływie terminu płatności określonego w fakturze (k. 207) – art. 481 § 1 k.c.

Odsetki od pozostałej kwoty należą się powodowi, stosownie do art. 455 w zw. z art. 481 § 1 k.c., od dnia 02 marca 2013 r. Powód wezwał pozwanego 1 do zapłaty należności w kwocie 87.387,68 zł i kwoty 34.498,77 zł w dniu z 16 lutego 2013 r. w terminie 7 dni (k. 288-289). Pozwany 1 otrzymał wezwanie w dniu 20 lutego 2013 r. (k. 290), a zatem termin do zapłaty upływał 01 marca 2013 r. Odsetki należało więc zasądzić od następnego dnia, tj. od 02 marca 2013 r.

Odsetki od pozwanej 2 należało zasądzić od 02 marca 2013 r. Powód wezwał pozwaną 2 do zapłaty należności w kwocie 130.000,00 zł, 87.387,68 zł i kwoty 34.498,77 zł w dniu z 16 lutego 2013 r. w terminie 7 dni (k. 286-287). Pozwana 2 otrzymała wezwanie w dniu 20 lutego 2013 r. (k. 290), a zatem termin do zapłaty upływał 01 marca 2013 r.

W pozostałej części powództwo należało oddalić jako bezzasadne.

O kosztach procesu orzeczono stosownie do wyniku sporu (art. 100 zd. 1 w zw. z art. 98 § 1 i 3 i art. 99 k.p.c.), mając na uwadze, że powód wygrał sprawę w 93,84%, a pozwani w 6,16%.

Na koszty poniesione przez powoda, wskazane w spisie kosztów (k. 909), składają się: opłata od pozwu (12.359,00 zł), koszty związane z opinią PZITB (8.896,97 z), koszty dojazdu na rozprawę strony i adwokata (835,80 zł), koszty dojazdu strony i adwokata do Mosiny w związku z oględzinami dokonаныmi przez autora opinii (250,94 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda (14.400,00 zł), ogółem 36.742,50 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 1 taryfy adwokackiej, zasądzając opłatę za czynności adwokata z tytułu zastępstwa prawnego, sąd bierze pod uwagę niezbędny nakład pracy adwokata, a także charakter sprawy i wkład pracy adwokata w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Sprawa była skomplikowana pod względem faktycznym i prawnym, a nakład pracy pełnomocnika powoda był znaczny, o czym świadczy nie tylko liczba i treść pism procesowych opracowanych przez pełnomocnika powoda, ale także jego udział w rozprawach, zadawane świadkom i stronom pytania. Uzasadnia to uwzględnienie wniosku powoda i przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości podwójnej stawki minimalnej wynoszącej 7.200,00 zł.

Biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy powodowi należą się koszty procesu w wysokości 34.479,16 zł (93,84 % z kwoty 36.742,50 zł).

Na koszty procesu poniesione przez pozwanego 1 składają się wydatki związane ze stawiennictwem świadków, ogółem w kwocie 989,18 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie adwokackiej (7.200,00 zł) i opłata skarbową od pełnomocnictwa (17,00 zł), ogółem 8.206,18 zł. Biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy powodowi należą się koszty procesu w wysokości 505,50 zł (6,16% z 8.206,18 zł).

Koszty procesu poniesione przez pozwaną 2 ograniczają się do wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie radcowskiej, tj. 7.200,00 zł, a biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy 443,52 zł.

W związku z tym należało z tytułu kosztów procesu zasądzić solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 33.976,66 zł, a ponadto od pozwanej 2 dalszą kwotę 58,98 zł,

stanowiącej różnicę między zasądzoną od obu pozwanych kwotą a kosztami należnymi od pozwanej (34.035,64 zł).



Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność

Łop. Instrukcja Sekretariatu

[Handwritten signature]

Sygn. akt V ACa 266/16



dn. 03. MAR. 2017
L. dz. 811

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 26 stycznia 2017 r.

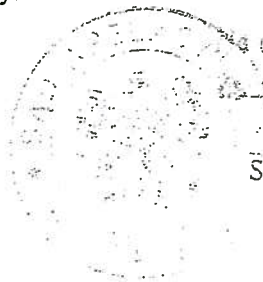
Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Katarzyna Przybylska
Sędziowie: SA Zbigniew Koźma
SO del. Leszek Jantowski (spr.)
Protokolant: st. sekr. sąd. Magdalena Tobiasz - Ignatowicz

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2017 r. w Gdańsku na rozprawie
sprawy z powództwa J Z
przeciwko M P i Gminie Mosina
o zapłatę
na skutek apelacji pozwanych
od wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu
z dnia 10 listopada 2015 r. sygn. akt VI GC 83/13

- I. oddała obie apelacje;
- II. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 11.166,79 zł (jedenaście tysięcy sto sześćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.



Z upoważnienia
Kierownika Sekretariatu
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Magdalena Tobiasz - Ignatowicz



UZASADNIENIE

Powód J Z domagał się zasądzenia solidarnie od pozwanych M: P (dalej też jako pozwany 1 lub generalny wykonawca) i Gminy Mosina (dalej też jako pozwana 2, Gmina lub inwestor) kwoty 247.168,87 zł z ustawowymi odsetkami tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty podwykonawcze przy rozbudowie i remoncie budynku Ośrodka Sportu i Rekreacji - etap II - roboty wykończeniowe w Mosinie. Powód wskazał, że zawarł z pozwanym M P jako generalnym wykonawcą, umowę o wykonanie prac wykończeniowych budynku OSiR na stadionie w Mosinie. Na wykonanie przez powoda jako podwykonawcę robót wyraził zgodę inwestor Gmina Mosina. Powód wyjaśnił, że dochodzi reszty wynagrodzenia z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/1/FVS w kwocie 130.000,00 zł, a ponadto kwoty 87.387,68 zł za roboty wykonane do dnia 28 maja 2012 r i kwoty 29.781,19 zł za wykonanie robót dodatkowych.

Pozwany 1 M P wniósł o oddalenie powództwa. Podniósł zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda dochodzonymi pozwem swoich wierzytelności w wysokości 449.708,80 zł, przy czym w odniesieniu do wierzytelności powoda w kwocie 117.168,87 zł, nie wynikających z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/1/FVS, zarzut ten podniósł z ostrożności, kwestionując istnienie wierzytelności powoda w tym zakresie. Na wierzytelności pozwanego przedstawionych do potrącenia składają się m.in. koszt wykonania robót drogowych (202.104,99 zł) i kary umowne (83.200,00 zł), a ponadto dalsze wierzytelności stanowiące koszty zastępczego wykonania robót (k. 302-318).

Pozwana 2 Gmina Mosina wniosła o oddalenie powództwa podnosząc, że w wyniku dokonanego potrącenia przez pozwanego 1 wzajemnych wierzytelności doszło do ich umorzenia, a zatem wierzytelności dochodzone pozwem nie istnieją. Niezależnie od tego pozwana zakwestionowała roszczenia powoda o zapłatę kwoty 87.387,19 zł i 29.781,19 zł (k. 363-370).

Wyrokiem z dnia 10 listopada 2015r. Sąd Okręgowy w Toruniu:

I. zasądził solidarnie od pozwanego M: P i pozwanej Gminy Mosina na rzecz powoda J: Z kwotę 231.966,67 zł (dwieście trzydzieści jeden tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt sześć 67/100) złotych z ustawowymi odsetkami:
1) od pozwanego M: P

a) od kwoty 119.954,68 zł (sto dziewiętnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt cztery 68/100) złotych od dnia 29 czerwca 2012 r.,
b) od kwoty 112.011,99 zł (sto dwanaście tysięcy jedenaście 99/100) złotych od dnia 02 marca 2013 r.

2) pozwanej Gminy Mosina od dnia 02 marca 2013 r.,

II. oddalił powództwo w pozostałej części,

III. zasądził solidarnie od pozwanego M P i pozwanej Gminy Mosina na rzecz powoda kwotę 33.976,66 zł (trzydzieści trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt sześć 66/100) złotych, a ponadto od pozwanej Gminy Mosina kwotę 58,98 zł (pięćdziesiąt osiem 98/100) złotych tytułem kosztów procesu

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

Powód i pozwany 1 M P prowadzą od wielu lat działalność budowlaną; znajdują się, gdyż byli najemcami lokali użytkowych w tym samym obiekcie we

Pozwana Gmina była inwestorem rozbudowy i remontu budynku Ośrodka Sportu i Rekreacji w Mosina – etap II – roboty wykończeniowe (dalej budynek, obiekt OSiR). Po przeprowadzeniu przetargu w trybie zamówienia publicznego pozwana 2 powierzyła wykonania obiektu pozwanemu 1 M P jako generalnemu wykonawcy. Dokumentacja przetargowa przewidywała wykonanie w ramach inwestycji robót drogowych (dróg i parkingów). Pozwany 1 (generalny wykonawca) wystąpił do powoda z propozycją wykonania robót w charakterze podwykonawcy i opracował projekt umowy.

W dniu 3 października 2011 r. pozwany 1 zawarł z powodem, jako podwykonawcą, umowę o wykonanie robót wykończeniowych w obiekcie OSiR, w tym robót ogólnobudowlanych. W wyszczególnieniu robót objętych umową strony nie wymieniły robót drogowych (§ 1), natomiast załączniki do umowy stanowiły m.in. kosztorys ofertowy (1), dokumentacja projektowa (2) i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (3), które wymieniały również prace drogowe.

Termin zakończenia robót ustalono na 30 maja 2012 r. (§ 10) oraz wskazano sytuacje, w których wykonawca może żądać jego wydłużenia (§ 11). Wynagrodzenie ryczałtowe strony umowy określiły na 650.000,00 zł (§ 13). Ryczałt obejmował także wynagrodzenie za roboty drogowe (drogi i parkingi). Rozliczenie miało następować fakturami częściowymi, według procentowego zaawansowania robót, na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót. Podwykonawca był zobowiązany do

wystawiania faktur częściowych za poszczególne etapy robót na kwotę stanowiącą 80% wynagrodzenia wynikającego z harmonogramu, a pozostałe 20 % za dany etap miało być wypłacone na podstawie faktury końcowej (§ 14) oraz do informowania zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych w terminie 3 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania (§ 9 ust. 4). Podwykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,2% brutto wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (§ 19 ust. 1 lit. a). Załącznikami do umowy były kosztorysy, w tym obejmujący roboty drogowe na kwotę 129.834,54 zł brutto. Wycenę robót drogowych opracował sam powód na podstawie przedmiarów dostarczonych przez pozwanego 1.

Powód w dniu 29 marca 2012 r. zawiadomił inwestora, że jest podwykonawcą pozwanego 1 wykonującym roboty ogólnobudowlane na zadaniu inwestycyjnym. Inwestor zdawał sobie sprawę z tego, że powód jest podwykonawcą pozwanego 1 i wyraził na to zgodę. Pozwany 1 we własnym zakresie wykonywał na obiekcie jedynie instalacje elektryczne. Pozostałe roboty wykonywali jego podwykonawcy, w tym powód.

Kierownikami robót ze strony powoda byli J L i W
H: kierownikiem budowy Krzysztof Wasilewski, inspektorem nadzoru robót
budowlanych R: C, inspektorem nadzoru robót sanitarnych J
Ż: Tr (§ 4 umowy). Inwestora reprezentowali A
G: i W G

Sąd Okręgowy ustalił także, że powód rozpoczął roboty na początku listopada 2011 r. W pierwszej kolejności wykonywał roboty wyburzeniowe. W tym czasie pracowało w budynku od 9-12 osób. Warunkiem wykonania przez powoda robót w terminie było ogrzewanie obiektu. Całą instalację grzewczą miał wykonać generalny wykonawca. W budynku były zainstalowane grzejniki. Powód uznał, że dwutygodniowa przerwa świąteczno-noworoczna nie zagrozi terminowi zakończenia prac, który został przez inwestora przesunięty do końca czerwca 2012 r. Kluczami do obiektu dysponowali pracownicy powoda i pozwanego 1. Po powrocie z przerwy, w styczniu 2012 r., okazało się, że grzejniki zostały zdemontowane, co uniemożliwiało prawidłowe wykonanie w jego wnętrzu takich prac, jak posadzki, tynki i innych robót mokrych. Powód wstawił dmuchawy i piece, ale z uwagi na zimno pracowało tam już tylko 5-6 osób. Pozwany 1 najpierw zapewniał powoda, że szybko zostanie podłączona kotłownia, ale do tego w okresie zimowym nie doszło.

Dokumentacja projektowa przewidywała położenie płytek podłogowych oraz pozostawienie istniejącego podłoża pod posadzki, natomiast nie przewidywała

wykonania posadzek, gdyż uznano, że dotychczasowe posadzki są wystarczające. Po skutku płytek okazało się, że pęka podłoże betonowe, a posadzka jest wylana na piasku, bez izolacji. W związku z tym inspektor nadzoru W C nakazał powodowi wykonanie posadzek, gdyż wymagała tego technologia. Ich wykonanie warunkowało wykonanie dalszych prac ogólnobudowlanych. Powód skuł całe posadzki na parterze, położył nowe, wykonał podsypkę pod beton, izolację ze styropianu o grubości 4,5 - 5 cm, warstwę pod posadzkę i samą posadzkę. Ponadto powód wykonał posadzki na I piętrze.

Inwestor nie traktował tych robót jako dodatkowych wykonanych przez generalnego wykonawcę, uznając, że są objęte wynagrodzeniem umownym ustalonym w umowie z generalnym wykonawcą. Nie zapłacił w związku z tym generalnemu wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie.

Dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik do umowy, przewidywała wentylację grawitacyjną, natomiast umowa między powodem i pozwanym 1 nie przewidywała wykonania wentylacji grawitacyjnej (przez kratkę). Budynek był wyposażony w wentylację mechaniczną. Inwestor zdecydował jednak o konieczności wykonania wentylacji grawitacyjnej. Inspektor nadzoru R C polecił powodowi jej wykonanie. Powód przebił otwory, położył przewody wentylacyjne, które zakończył dachówką systemową. Wentylacja grawitacyjna została przez powoda wykonana w całości. O jej wykonaniu wiedział inspektor nadzoru robót sanitarnych J. Ż. I-T. Ponieważ nie było ciągu w wentylacji pozwany 1 zlecił sprawdzenie instalacji R. P. kominiarzowi, który stwierdził brak ciągu, a po zdemontowaniu kratki ustalił, że w kilku miejscach nie było połączenia rury z miejscem odległym od kratki, co powodowało, że powietrze nie było odprowadzane z pomieszczenia, lecz między stropem a sufitem; nie były drożne niektóre przewody z uwagi na ich zapchanie. Między dachem a stropem przewody nie miały termoizolacji. W jednym pomieszczeniu był za duży odcinek między kratką wentylacyjną a pionowym przewodem kominowy. R. P. (kominarz) wskazał pozwanemu 1 na sposób usunięcia wad wentylacji, a ten ostatni je usunął. Wady były banalne i ich usunięcie wymagało dwóch dni. R. P. w dniu 27 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 fakturą VAT za odbiór przewodów kominowych w kwocie 615,00 zł. Inwestor zapłacił generalnemu wykonawcy za wentylację grawitacyjną.

Powód w sprawie robót dodatkowych kontaktował się z kierownikiem budowy K. W. który powiedział mu, że ma na temat rozmawiać z inspektorem nadzoru. Zakres robót dodatkowych był uzgadniany z inspektorem nadzoru R. C. Problem robót dodatkowych był poruszany także

na radach budowy. Pozwani 1 i 2 wiedzieli o robotach dodatkowych i akceptowali konieczność ich wykonania. Powód sporządził kosztorys robót dodatkowych, który został w niewielkim zakresie skorygowany przez R C (inspektora nadzoru). Powód po uwzględnieniu tej korekty przedstawił kosztorys na wykonanie robót dodatkowych na kwotę 29.781,19 zł. Powód nie wystawił faktury obejmującej te roboty z uwagi na skutki podatkowe; nie odprowadził od niej także podatku VAT. Wartość brutto robót dodatkowych wynosi 24.623,99 zł.

Powód w piśmie z dnia 8 maja 2012 r. zawiadomił inwestora, że pozwany 1 nie zapłacił mu wynagrodzenia w kwocie 88.743,18 zł wynikającego z faktury z dnia 21 marca 2012 r. nr 0004/12/FVS. W tym samym dniu została spisana notatka z realizacji zadania. Na spotkaniu inwestor zgodził się na przedłużenie terminu zakończenia robót o 30 dni. W czasie narady w dniu 23 maja 2012 r. ustalono, że do dnia 28 maja 2012 r. zostanie spisany protokół wykonania robót podpisany przez inspektora nadzoru R C wraz z fakturą VAT. Na spotkaniu w dniu 30 maja 2012 r. ustalono, że wszyscy podwykonawcy mają przedłużone terminy wykonania robót do 30 czerwca 2012 r.

W dniu 23 maja 2012 r. inspektor nadzoru F C potwierdził wykonanie przez powoda 80% robót objętych umową, z wyjątkiem dróg i parkingów. W tym samym dniu został spisany protokół odbioru nr 2B/04/2012 wyszczególnionych w nim robót o wartości 255.896,51 zł. Protokół wymieniał roboty, z wyjątkiem dróg i parkingów, które zostały wykonane przez powoda. Wartość robót wykończeniowych została określona w wysokości 29.581,74 zł.

W piśmie skierowanym do pozwanego 1 z dnia 23 maja 2012 r. powód wskazał, że w związku z brakiem frontu robót w dniu 21 maja 2012 r. przerwał roboty, które wznowi po zakończeniu przez generalnego wykonawcę prac instalacyjnych i elektrycznych.

Kierownik budowy K W, : kierownik robót W H: dniu 29 maja 2013 r. podpisali zestawienie wartości wykonanych robót, w którym została ujęta wartość robót według kosztorysu ofertowego (650.000,00 zł), wartość robót wykonanych od początku budowy i w ostatnim okresie rozliczeniowym. Według kosztorysu ofertowego wartość robót wykończeniowych wynosiła 36.977,18 zł (80% - 29.581,74 zł), a wartość dróg i parkingów 129.834,54 zł. Wartość 80% wszystkich robót wykonanych przez powoda wynosiła 255.896,51 zł. Powód nie wykonał w ogóle dróg i parkingów oraz pozostałej części robót wykończeniowych, te wykonał w 80%. Pozostałe roboty powód wykonał w 100%.

Powód w dniu 29 maja 2012 r. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr 0012/12/FVS na kwotę 255.896,51 zł. Pozwany zapłacił z tej faktury kwotę 125.896,51 zł. Powód rozliczył fakturę tylko w części dokonanej przez pozwanego 1 zapłaty. Powód w dniu 5 lipca 2012 r. zawiadomił pozwaną Gminę, że pozwany M P. zalega z zapłatą z tej faktury wynagrodzenia w kwocie 130.000,00 zł.

Prace wykonane przez powoda do maja 2012 r. były niszczone w czasie wykonywania prac przez innych wykonawców.

Roboty na obiekcie były wykonywane przez powoda w okresie od listopada 2011 r., natomiast pracownicy powoda byli na budowie do czerwca 2012 r. Powód wykonał w całości roboty murarskie, natomiast jakość pozostałych robót była przez generalnego wykonawcę kwestionowana, co dotyczyło tynków, malowania, ścianek sanitarnych, osadzenia drzwi. Co do gładzi, to brak było licowości ścian, były doły i góry nieodpowiadające normom, niewłaściwe i nieestetyczne były narożniki oraz obróbki.

Powód zszedł z budowy w czerwcu 2012 r. z uwagi na wykonywanie przez innych podwykonawców pozwanego 1 prac i brak frontu robót. Nie było formalnego przekazania przez powoda pozwanemu 1 wykonanych przez niego prac ani ich inwentaryzacji.

Pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. pozwany 1 wezwał powoda do przystąpienia do wykonania robót wykończeniowych i zewnętrznych z zagrożeniem, że jeżeli powód nie uwzględni żądania odstąpi od umowy albo powierzy poprawienie lub dalsze wykonanie robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo powoda. W odpowiedzi powód w piśmie z dnia 12 czerwca 2012 r. wskazał, że nie jest możliwe wykonanie robót przez powoda, co potwierdził inspektor nadzoru W C. a ponadto poprzednio wykonane przez powoda roboty są niszczone. Powód wezwał pozwanego 1 do dokończenia robót branżowych oraz przesłał mu zdjęcia obrazujące niszczenie wykonanych przez niego prac.

W piśmie z dnia 15 czerwca 2012 r. pozwany 1 wezwał powoda do natychmiastowego wykonania tynków na poddaszu, po prawnej stronie klatki schodowej, podejść, ciągów wentylacyjnych, obudowy gk, montażu właściwych wywiewek systemowych i poprawek wynikających z niskiej jakości tynków. Pismo podobnej treści pozwany 1 wystosował do powoda w dniu 19 czerwca 2012 r. W piśmie z tego samego dnia pozwany 1 zawiadomił powoda o powierzeniu osobom trzecim wykonania podejścia ciągów wentylacyjnych oraz odpowietrzenia instalacji sanitarnej oraz wezwał powoda do przyspieszenia wykonania tynków.

Powód w pismach z dnia 22, 25, 29 czerwca 2012 r. odniósł się do pism pozwanego 1 z dnia 15, 29 i 22 czerwca 2012 r. W tym ostatnim piśmie zakwestionował notę księgową wystawioną przez pozwanego 1 w dniu 22 czerwca 2012 r. W piśmie z dnia 22 czerwca 2012 r. powód podniósł, że wykonanie podejść, ciągów wentylacyjnych i wywiewek sanitarnych, nie było objęte umową.

Pozwany 1 odniósł się pisma powoda z dnia 22 czerwca w piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r., podtrzymując poprzednie stanowisko. Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. powód zawiadomił pozwaną 2 o braku zapłaty należności z faktury VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r., a po zapłacie jej części, w kolejnym piśmie z dnia 05 lipca 2012 r. o zaleganiu z zapłatą reszty wynagrodzenia w wysokości 130.000,00 zł.

W piśmie z dnia 11 lipca 2012 r. powód zawiadomił pozwaną 2, że odbiór robót ustalony na ten dzień nie doszedł do skutku i zażądał wpłynięcia na generalnego wykonawcę celem określenia terminu zakończenia wykonywanych przez niego robót. Zawiadomił też o niezapłaceniu przez pozwanego 1 wynagrodzenia w wysokości 130.000,00 z faktury VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r. W dniu 11 lipca 2012 r. pozwany 1 oraz inspektorzy nadzoru spisali niedoróbki na budowie OSiR do protokołu odbioru.

Pozwany, w odpowiedzi na pismo powoda z dnia 11 lipca 2011 r., w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r. wskazał powodowi, że niedokonanie odbioru końcowego robót w dniu 11 lipca 2012 r. wynikało z nieprawidłowej realizacji umowy przez powoda. Pozwany 1 podkreślił też, że w związku z powierzeniem wykonania na koszt powoda szeregu robót innym osobom, w tym drogowych, wezwał go do zapłaty kwoty 178.396,35 zł. Poinformował też powoda o powierzeniu wykonania osobom trzecim prac wymienionych w protokole zawierającym spisane niedoróbki.

Powód w piśmie z dnia 19 lipca 2012 r. zawiadomił pozwanego 1, że był z kierownikiem robót na obiekcie, na którym nie były wykonywane zastępczo żadne prace, natomiast dalej są wykonywane prace elektryczne przez pracowników pozwanego 1. Powód sporządził też zdjęcia obrazujące niszczenie jego robót podczas wykonywania prac elektrycznych.

W piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. pozwany 1 złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 178.369,35 zł z tytułu wykonania zastępczego wymienionych w piśmie robót, które stanowiły powtórzenie prac wymienionych w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r., z wierzytelnością powoda w kwocie 130.000,00 zł stanowiącej resztę należności z faktury VAT nr 0012/12FVS z dnia 29 maja 2012 r. W piśmie pozwany 1 wezwał powoda do zapłaty kwoty 107.588,00 zł z tytułu wykonanych zastępczo robót wykończeniowych.

W odpowiedzi powód w piśmie z następnego dnia stwierdził, że oświadczenie o potrąceniu jest bezskuteczne. Co do robót drogowych powód wskazał na odstąpienie w tej części od umowy, co do robót wymienionych w pkt 3-6 zarzucił, że

nie były objęte umową, a co do prac wyszczególnionych w pkt 2, 7 i 8 wskazał, że wielokrotnie wyzwał pozwanego 1 do umożliwienia ich wykonania, po zakończeniu prac przez innych podwykonawców. Powód podkreślił też, że obiekt w dniu 23 lipca 2012 r. był zamknięty i nie były wykonywane żadne prace. Powód wezwał pozwanego 1 do zapłaty reszty należności z faktury nr 0012/12/FVS w kwocie 130.000,00 zł. W odpowiedzi pozwany 1 w piśmie z dnia 27 lipca 2012 r. podtrzymał stanowisko w przedmiocie potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz złożył kolejne oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powoda w kwocie 130.000,00 zł swojej wierzytelności z tytułu kosztów zastępczego wykonania robót wykończeniowych w wysokości 107.588,00 zł. Pozwany 1 wskazał, że powód jest mu winien 155.984,35 zł.

W dniu 27 lipca 2012 r. została spisana notatka służbowa, w której generalny wykonawca zadeklarował zakończenie prac do dnia 10 sierpnia 2012 r. oraz wskazał, że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych, które były robotami dodatkowymi.

Pismami z dnia 27 grudnia 2012 r. pełnomocnik powoda wystosował do pozwanych 1 i 2 przedsądowe wezwanie do zapłaty kwoty 130.000,00 zł. W dniu 16 lutego 2013 r. pełnomocnik powoda wezwał obu pozwanych do zapłaty, poza kwotą 130.000,00 zł, także 87.387,68 zł tytułem wykonanych faktycznie pozostałych robót budowlanych oraz kwoty 34.498,77 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Wezwania do zapłaty pozwani otrzymali w dniu 22 lutego 2013 r.

Pełnomocnik pozwanego 1 w odpowiedzi z dnia 25 lutego 2012 r. odwołał się do potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz wezwał powoda do zapłaty 155.984,35 zł.

Na zlecenie pozwanego 1 K I, wykonywał obudowy z kartonogipsu kanałów wentylacyjnych, które znajdowały się pod sufitem na parterze i na poddaszu. Pomieszczenia w trakcie wykonywania przez niego prac na parterze były już pomalowane, ale po nich konieczne było ponowne malowanie. W większości pomieszczenia były pomalowane. W niektórych pomieszczeniach były uszkodzenia wymagające ponownego malowania. Na poddaszu pomieszczenia nie były pomalowane.

K I, za wykonane prace w dniu 9 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 dwie faktury VAT nr 15/2012 na kwotę 999,99 zł i nr 14/2012 na kwotę 8.215,17 zł. Pozwany 1 zapłacił należność wynikającą z tych faktur. W notatce z dnia 27 lipca 2012 r. podpisanej przez powoda i obu pozwanych przedstawiciele pozwanego 1 oświadczyli, że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych, które były robotami dodatkowymi.

Nie występowały krzywizny w robotach wykonanych przez powoda. Powód był zobowiązany do regulacji drzwi, lecz jej nie wykonał. Część drzwi została wymieniona, a część wyregulowana. W jednym z pomieszczeń doszło do przełożenia płytek podłogowych, które zostały zniszczone w wyniku złego magazynowania, co jednak nie obciąża powoda.

W pokoju gościnnym z uwagi na nieprawidłowe wykonanie przez powoda paneli podłogowych doszło do ich zerwania i ponownego położenia. Powód poprawnie wykonał poręcz dla niepełnosprawnych, ale źle ją zamontował, co spowodowało konieczność dokonania poprawy.

Roboty wykończeniowe, których wartość, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, określono na 36.977,18 zł, powód wykonał w 80%, czyli o wartości 29.581,74 zł. Powód nieprawidłowo wykonał szereg robót, w tym szpachlowanie i malowanie pomieszczeń, co spowodowało konieczności wykonania tych robót przez innego podwykonawcę pozwanego 1. To samo dotyczyło drzwi i futryn. Powód wykonał malowanie farbami, które przy dokonywaniu poprawek „przebijały”.

Pozwany 1 w dniu 18 lipca 2012 r. zawarł z G S umowę o wykonanie prac na obiekcie OSiR w Mosinie za wynagrodzeniem w wysokości 107.588,00 zł. Zakres prac wynikał z dołączonego do umowy sporządzonego przez G S kosztorysu, który obejmował roboty wykończeniowe. Ten ostatni wystawił za wykonane roboty dwie faktury VAT: w dniu 30 sierpnia 2012 r. nr 1/08/2012 na kwotę 47.970,00 zł i w dniu 28 września 2012 r. nr 2/09/2012 na kwotę 59.618,00 zł. Pozwany 1 zapłacił należności wynikające z tych faktur gotówką.

Pozwany 1 nie koordynował prawidłowo robót podwykonawców, co powodowało, że powód nie mógł wykonywać robót, a po wykonaniu przez powoda robót malarskich pomieszczeń wchodzili do nich podwykonawcy robót instalacyjnych. W trakcie robót wykończeniowych były wykonywane roboty instalacyjne. Zwracał na to wielokrotnie uwagę inspektor nadzoru J Ż T. Zdarzało się, że ten ostatni musiał wstrzymać montaż białych elementów z uwagi na z uwagi na nieprzygotowanie frontu robót. Budowa była niedopilnowana. Było za mało ludzi. Miały miejsce sytuacje, w których podwykonawcy schodzili z budowy z uwagi na brak frontu robót. Problem braku koordynacji był przedmiotem narad budowy. Na budowie był bałagan.

Powód wzywał dwukrotnie pozwanych do zapłaty reszty należności z faktury nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r. w kwocie 130.000,00 zł. Pełnomocnik pozwanego 1 w piśmie z dnia 25 lutego 2013 r. wskazał na potrącenia dokonane w dniach 23 i 27 lipca 2012 r. i wezwał powoda do zapłaty kwoty 155.984,35 zł.

Z uwagi na wady nie doszło dwukrotnie do odbioru. Pierwszy odbiór nie doszedł do skutku z uwagi na wady robót wykończeniowych wykonanych przez powoda. Drugi odbiór był spowodowany tym, że G. S. nie zdążył wykonać wszystkich robót; występowały też drobne usterki. Odbiór końcowy miał miejsce 13 września 2012 r.

Powód nieprawidłowo wykonał ścinki działowe w sanitariatach. Ścianki sanitarne (dzielące sanitariaty) zostały przez powoda wykonane z niewłaściwego materiału, z płyty laminowanej, paździerzowej. Pierwotnie ścianki na zlecenie powoda wykonał ojciec P. Ł., a ten ostatni opracował kosztorys dla ojca. I on i jego ojciec informowali powoda, że ściany wiórowe nie nadają się do tych pomieszczeń, ale kierownik robót powoda W. H. zdecydował, że chce takie ścianki, które są o wiele tańsze niż z płyty HLP.

Wprawdzie dokumentacja projektowa nie określała materiału, z którego mają być wykonane ścianki, ale załączony do umowy kosztorys wskazywał na ścianki typu kabinowego z płyt laminowanych (HLP). Poza tym jasne jest, że mogą być wykonywane z płyt wiórowych w pomieszczeniach mokrych (w prysznicach).

W dniu 21 listopada 2012 r. pozwany 1 wezwał powoda do poprawienia ścianek (przegród i przepierzeń) w pomieszczeniach sanitarnych wykonanych z płyt wiórowych przez zastosowanie ścianek z HLP zgodnie z umową.

Ponieważ powód, mimo wezwania, nie dokonał poprawek pozwany powierzył ich wykonanie P. Ł., który miał zdemontować i ponownie zamontować ścianki działowe w 3 albo 4 pomieszczeniach sanitarnych. P. Ł. miał zastosować płyty HLP. Prace wykonał na przełomie 2012 i 2013 r. P. Ł. wymienił płyty we wszystkich pomieszczeniach sanitarnych, także w tych, w których nie było pryszniców. W pomieszczeniach mokrych zdemontowanych i zamontowanych została od 9 do 12 ścianek, a jednym pomieszczeniu 2 albo 3. F. Ł. w dniu 31 stycznia 2013 r. wystawił fakturę nr FV/20/2013 na kwotę 17.200,32 zł. Część zapłaconego tej osobie wynagrodzenia pokrył ubezpieczyciel, natomiast co do pozostałej części w wysokości 9.400,32 zł pozwany 1 podniósł zarzut potrącenia.

Pozwany 1 poniósł koszty związane z wywozem odpadów w wysokości 340,00 zł. W dniach 2 i 3 lipca 2012 r. R. Z. wystawił na pozwanego 1 dwie faktury VAT za wykonanie na podstawie umowy z dnia 25 czerwca 2012 r. prace dekarские na obiekcie w Mosinie na kwoty 2.000,00 zł i 8.200,00 zł, a w dniu 17 lipca 2012 r. fakturę VAT za naprawę „orynowania na budynku” na kwotę 350,00 zł. Zapłata dwóch pierwszych faktur miała nastąpić przelewem.

A. sp. z o.o. w Poznaniu w lipcu, sierpniu i we wrześniu 2012 r. wystawił na pozwanego 1 faktury VAT za wynajęcie kontenerów na kwoty 1.265,67, 2.567,01 zł i 2.567,01 zł.

W J. wystawił w dniu 12 września 2012 r. na pozwanego 1 fakturę VAT za wykonanie świadectwa energetycznego budynku w Mosinie na kwotę 861,00 zł.

Pozwana 2 w dniu 17 września 2012 r. wystawiła pozwanemu 1 notę księgową nr 19/2012 na kwotę 2.362,60 zł dotyczącą rozliczenia pobranej energii elektrycznej w okresie od 01 lipca do 01 września 2-12 r. oraz wody w okresie od 27 czerwca do 28 sierpnia 2012 r.

Inwestor naliczył generalnemu wykonawcy kary umowne za zwłokę w oddaniu robót. W piśmie z dnia 19 października 2012 r. pozwana 2 zawiadomiła pozwanego 1, że wstrzymuje mu płatność końcową z uwagi na to, że pozwany 1 nie wszystkim podwykonawcom, w tym powodowi, zapłacił wynagrodzenie. Pozwana 2 zawiadomiła też pozwanego 1, że jest zmuszona zwiększyć wartość kar umownych z kwoty 118.890,00 zł do kwoty 169.088,00 zł brutto na 64 dni. Pozwana 2 nie potrąciła jednak z wynagrodzenia pozwanego 1 tej kwoty.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że roboty drogowe stanowiły element zagospodarowania terenu. Na planie sytuacyjnym stanowiącym część projektu była usytuowana droga, miejsca parkingowe i plac manewrowy, a w specyfikacji technicznej wykonania robót, w pkt. 14 był ich opis, który przewidywał zastosowanie płyt ażurowych. Chodziło o drogę wewnętrzną, na terenie zamkniętym.

Powód miał wykonać drogę dojazdową wraz parkingiem i placem manewrowym, mimo że umowa łącząca powoda z pozwanym 1 tych robót nie wyszczególniała. Ich zakres wynikał natomiast z załącznika nr 1 do umowy stanowiącego element kosztorysu ofertowego, obejmującego ich wycenę w wysokości 129.834,54 zł brutto. sporządzoną przez powoda na podstawie przedmiaru dostarczonego przez pozwanego 1. Wycena określała zakres robót, w tym wykonanie nawierzchni z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej.

Dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik nr 2 do umowy, w pkt 18, a specyfikacja wykonania robót w pkt 14, określały miejsca parkingowe i drogi p-poż z płyt ażurowych o gr 10 cm ułożonych na warstwie pisaku z betonem 20 cm.

Między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Zakres robót określony w wycenie kosztorysowej zakładał ułożenie

kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm bezpośrednio na warstwie osączającej grubości 10 cm, co jest niezgodne z zasadami projektowania dotyczącymi wykonywania ciągło pieszych, jak i dróg przeznaczonych dla pojazdów mechanicznych. Powód występował wielokrotnie do pozwanego 1 o przekazanie dokumentacji robót drogowych. Roboty drogowe miał wykonać podwykonawca powoda R W , który nie mógł uzyskać od powoda dokumentacji tych robót, bo nie dostarczył jej inwestor. Na prośbę R W , L N , pracownik Gminy, sporządził szkice (rysunki), na podstawie których miały być wykonane roboty drogowe. L N opracował rysunek drogi (k. 169) i jeszcze jeden rysunek określający wysokość rzędnych jezdni i parkingów, które odnosiły się także do placu manewrowego.

Między kierownikiem budowy i kierownikiem robót na początku marca 2012 r. została wymieniona korespondencja mejlowa związana z robotami drogowym.

Kierownik budowy K: W , w dniu 9 marca 2012 r. przekazał powodowi skany rysunków drogi do projektu budowlanego, w tym opracowane przez L N , zaznaczając, że inwestor ma się wypowiedzieć do 14 marca co do zakresu prac. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był tylko plan sytuacyjny. Powód otrzymał jedynie rzut z góry (k. 168 i 171).

Zgodnie ze szkicami przekazanymi powodowi miała być warstwa odsączająca (piasek), potem beton (12 cm), podsypka piasku (5 cm) i kostka. Przekazane powodowi rysunki drogi (k. 166-172), jako uzupełnienie i modyfikacja projektu budowlanego, były prawidłowe w zakresie technologii wykonania robót drogowych, a więc było możliwe na ich podstawie wykonanie drogi na terenie OSiR, lecz nie w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej. Zakres robót opisany w tej dokumentacji był niespójny wewnętrznie i niezgodny z zasadami technologicznymi wykonania wewnętrznych robót drogowych.

R W , który miał na zlecenie powoda wykonać roboty drogowe, nie wyraził zgody na ich wykonanie z uwagi na konieczność udzielenia 5-letniej gwarancji. R W uznał za wadliwą technologię wykonania robót polegającą na podsypce z piasku, która nie gwarantowała wytrzymałości. Według niego konieczne było też wykonanie w pierwszej kolejności placu manewrowego, a potem drogi.

W dniu 26 marca 2012 r. powód w piśmie skierowanym do pozwanego 1 wskazał, że w razie zaprojektowania podbudowy drogi, w której warstwą końcową będzie zagęszczona warstwa piasku nie będzie możliwe udzielenie gwarancji na okres dłuższy niż 24 miesiące. Powód przesłał też wycenę zaprojektowanej drogi na kwotę 190.087,57 zł i zażądał udzielenia jak najszybszej odpowiedzi.

W piśmie dnia 26 kwietnia 2012 r. powód podkreślił wycofanie się przez zamawiającego z wykonania dróg i parkingów oraz zlecenie w tym zakresie robót

zamiennych oraz wezwał go do przekazania zaktualizowanego projektu budowlanego dotyczącego tych robót w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy w tej części, a w piśmie z dnia 10 maja 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od części umowy w odniesieniu do robót drogowych i parkingu.

Na naradzie w dniu 23 maja 2012 r. inwestor oświadczył, że przekaże rysunki, na których zostaną zaznaczone rzędne wpustów do dnia 24 czerwca 2012 r.

Pełnomocnik pozwanego 1 w dniu 23 maja 2012 r. wezwał powoda do wykonania robót drogowych objętych umową do dnia 30 maja 2012 r., a w dniu 01 czerwca 2012 r. zawiadomił go o powierzeniu ich wykonania na koszt i niebezpieczeństwo powoda. Ten ostatni w dniu 05 czerwca 2012 r. podtrzymał poprzednie stanowisko.

Roboty drogowe wchodzące w zakres inwestycji mogły być wykonane na podstawie rysunków sporządzonych przez L N Ten ostatni do dziennika budowy wpisał, że należy drogę odwodnić do studzienek ściekowych i wskazał miejsca podłączeń do studzienek rewizyjnych.

Na naradzie z dnia 13 czerwca 2012 r., w kwestii robót drogowych, zobowiązano wykonawcę do przedstawienia kosztorysu z pominięciem ogrodzenia.

W dniu 4 czerwca 2012 r. pozwany 1 zawarł z K M umowę o wykonanie parkingu i drogi wewnętrznej ze studzienkami ściekowymi przy budynku OSiR obejmującą:

- mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni i chodników o głębokości 20 cm,
- krawężniki betonowe, ręczne zagęszczenie warstwy osączającej w korycie,
- nawierzchnie z kostki brukowej betonowej na podstawie cementowo-piaskowej - 1500,00 m²,
- ławę pod krawężniki,
- podbudowę betonową gr 15 cm (beton B 75) za wynagrodzeniem w wysokości 202.104,99 zł. Wykonawca robót drogowych udzielił 5-letniej gwarancji i rękojmi. Roboty wykonywał mąż K M A M w oparciu o tę samą dokumentację, która została dostarczona przez inwestora powodowi. Była to przebudowa, a nie nowa droga. A M wykonał prace, tak aby nie utrudnić ruchu, najpierw miejsca postojowe, potem drogę dojazdową, a na końcu plac manewrowy. Zmiana płyt ażurowych przewidzianych w specyfikacji technicznej wykonania robót na kostkę brukową nie miała znaczenia. Zakres prac wykonanych przez A M był zgodny z rysunkami przekazanymi przez inwestora powodowi.

K a M wystawiła dwie faktury za wykonania robót na kwotę 161.683,99 i 40.421,00 zł. Pozwany 1 zapłacił K M przelewami w dniach 17 lipca, 19 lipca i 13 sierpnia 2012 r. całe wynagrodzenie. Najpierw

192.419,95 zł, zatrzymując tytułem zabezpieczenia kwoty 1.600,84 zł i 8.084,20 zł. Te ostatnie kwoty pozwany 1 zapłacił Krystynie Michałowskiej w dniu 11 września 2012 r.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dokumenty złożone przez strony do akt sprawy, mejle, szkice, zdjęcia, zeznania świadków K W, W, H, R, C, D, S, R, W, K, W, J, Ż, T, R, P, K, I, P, Ł, A, M, A, G, L, N, W, G, S, R stron, z tym, że na ich wniosek został on ograniczony do przesłuchania powoda i pozwanego 1 oraz opinię PZiTb i zeznania jej autora A, J

Zeznania świadka K, W, pracownika powoda, koordynatora robót, Sąd ocenił jako wiarygodne. Świadek przedstawił kwestię wykonania robót dodatkowych, tj. wykonanie prac posadzkowych polegających na wykuciu, ociepleniu i wylaniu posadzki, odniósł się do robót drogowych oraz wiedzy inwestora o robotach dodatkowych. Zeznania świadka są jasne i znajdują odzwierciedlenie także w zeznaniach świadka W, H, W, C, a co do robót drogowych R, W

Zeznania świadka W, H, kierownika robót powoda, także uznane zostały za wiarygodne. Świadek wskazał na fakt wykonania robót dodatkowych, ich zlecenie przez inspektora nadzoru, trudności w wykonaniu robót mokrych zimą 2011/2012 z uwagi na zdemontowanie grzejników oraz odmowy wykonania przez powoda robót drogowych. Zeznania świadka w tej części są jasne, logiczne, a w zakresie dotyczącym robót dodatkowych korespondują z zeznaniami świadków K, W, W, C, a co do robót drogowych - R, W. Nie zasługiwały natomiast zdaniem Sądu na uznanie za wiarygodne zeznania świadka W, H, w tej części, wedle której brak ogrzewania pomieszczeń z uwagi na zdemontowanie grzejników spowodował opóźnienie w wykonaniu robót co najmniej o 2 miesiące.

Sąd dał także wiarę zeznaniom świadka R, C, inspektora nadzoru robót budowlanych. Świadek nic nie wiedział o robotach drogowych, natomiast potwierdził wykonanie przez powoda robót dodatkowych, szczegółowo przedstawiając przyczyny ich wykonania, zakres oraz wartość w granicach 30.000 zł. W tym zakresie zeznania świadka nie budziły zastrzeżeń tym bardziej, że odnosiły się do robót, których wykonanie sam zlecał powodowi i nadzorował ich wykonanie. Wiarygodne były także zeznania świadka na temat wykonania przez powoda robót

określonych w protokole z dnia 23 maja 2012 r. (k. 203). Także pozostałe zeznania świadka należało uznać za wiarygodne, co odnosiło się do braku ogrzewania pomieszczeń, nieprawidłowego wykonania przez generalnego wykonawcę koordynacji robót, nieprawidłowego wykonania przez powoda szpachlowania i malowania oraz konieczności w związku z tym wykonania tych robót przez innego podwykonawcę pozwanego 1 czy występujących wad robót powoda. Zeznania świadka były tym bardziej wiarygodne, że jest pracownikiem pozwanej Gminy, a mimo tego złożył zeznania częściowo korzystne dla powoda.

Podobnie zdaniem Sądu Okręgowego nie budziły zastrzeżeń zeznania świadka D S, zatrudnionej u pozwanego 1 na stanowisku głównej księgowej. Świadek wskazała, że faktura nr 0012/12/ FVS z dnia 29 maja 2012 r. nie została zapłacona w całości z uwagi na potrącenia wierzytelności pozwanego 1 z tytułu kosztów wykonania zastępczego oraz wymieniła wykonane w ten sposób roboty drogowe i malarskie, a także dotyczące ścianek działowych. Świadek zeznała, że pozwany 1 płacił należności z tego tytułu gotówką albo przelewem. Zeznania świadka są klarowne i pokrywają się z dowodami osobowymi uznanymi przez Sąd za wiarygodne.

Także zeznania świadka R, W były wiarygodne. Świadek miał wykonać roboty drogowe jako podwykonawca powoda, na co nie wyraził zgody. Świadek przedstawił przyczyny swojej decyzji uznając, że wykonanie drogi w oparciu o szkice przedstawione przez inwestora było niezgodne z zasadami sztuki budowlanej. Świadek wskazał również, że w pierwszej kolejności należało wykonać plac manewrowy, a potem drogę z parkingami. Zeznania świadka były jasne i logiczne.

Z kolei zeznania świadka K, W, kierownika budowy, zatrudnionego u pozwanego 1 (generalnego wykonawcy) były wiarygodne tylko w części dotyczącej robót drogowych i dostarczenia powodowi rysunków, wykonania przez powoda robót objętych protokołem z dnia 23 maja 2012 r. (k. 203) w stu procentach, wadliwego wykonania szeregu robót i braku dokonania poprawek przez powoda. W tym zakresie zeznania świadka znajdują odbicie w dokumentach oraz w dowodach osobowych uznanych przez Sąd za miarodajne dowody.

Nie były natomiast wiarygodne zeznania świadka K, W, odnośnie tego, że to powód zdemontował kaloryfery. W tej kwestii Sąd dał wiarę zeznaniom świadków powoda K, W i W, a H. Ten pierwszy wskazał, że grzejniki zostały zdemontowane w czasie nieobecności pracowników powoda, w czasie świąt Bożego Narodzenia, drugi zeznał o ich zdemontowaniu przez instalatorów. Świadek K, W, odwołał się do tego ostatniego świadka, który rzekomo potwierdził fakt zdemontowania grzejników przez pracowników powoda. Z zeznań W, H, wynika jednak, że było inaczej. Także inspektor nadzoru R, C, stwierdził, że przed

podpisaniem umowy nie było już kaloryferów. Założenie było takie, że na zimę miało być zamontowane ogrzewanie, a instalację grzewczą miał wykonać generalny wykonawca. Zastrzeżenia budziły też zeznania świadka, wedle których powód nie wykonał całości wentylacji grawitacyjnej, gdyż podważają je zeznania świadka J. Ż. -T inspektora nadzoru robót sanitarnych, który stwierdził to jednoznacznie. Nie były także wiarygodne zeznania świadka, że powód nie wykonał jako dodatkowych robót posadzkarskich, bo podważają je m.in. zeznania świadka W. C.

Sąd uznał natomiast za wiarygodne zeznania świadka J. Ż. T inspektora nadzoru robót sanitarnych. Świadek zeznał, że powód wykonał wentylację grawitacyjną w całości, natomiast niektóre przewody grawitacyjne na strychy były wadliwie wykonane. Świadek wskazał na nieprawidłową koordynację robót przez generalnego wykonawcę, co powodowało wstrzymywanie określonych prac, brak formy robót i schodzenie podwykonawców z budowy. Zeznania świadka były logiczne i dotyczyły nie tylko robót, których wykonanie nadzorował.

Z kolei świadek R. P. - kominiarz - na zlecenie pozwanego 1 stwierdził wady wentylacji grawitacyjnej i wskazał na to, jak je usunąć, za co otrzymał od pozwanego 1 wynagrodzenie. Zeznania świadka były jasne i logiczne.

Świadek K. g wykonywał na zlecenie pozwanego 1 obudowy z kartonogipsu kanałów wentylacyjnych, które znajdowały się pod sufitem na parterze i na poddaszu. Rodzaj robót obrazuje zdjęcie na k. 219 u dołu. Pomieszczenia w trakcie wykonywania przez niego prac na parterze były już pomalowane, ale po nich konieczne było ponowne malowanie. W większości pomieszczenia były pomalowane. Zeznania świadka nie budziły zastrzeżeń.

Zeznania świadka P. Ł. , który na zlecenie pozwanego 1 zdemontował w pomieszczeniach sanitarnych - poprzednio zamontowane przez jego ojca na zlecenie powoda - ścianki działowe i zamontował z właściwego materiału uznane zostały za wiarygodne. Świadek przedstawił zarówno przyczyny wykonania przez powoda ścianek z płyt wiórowych, jak i zakres robót poprawkowych.

Zeznania świadka A. M. także były wiarygodne. Świadek na podstawie umowy zawartej przez pozwanego 1 z K. M. wykonał roboty drogowe (parking, drogę wewnętrzną i plac manewrowy). Świadek wskazał, że wykonał roboty w oparciu o tę samą dokumentację, która była dostarczona przez pozwanego 1 powodowi określił technologię i kolejność robót. Zeznania świadka były jasne i logiczne oraz nie budziły żadnych zastrzeżeń.

Podobnie za wiarygodne należało uznać zeznania świadka A. G. Świadek jest zatrudniona w Gminie na stanowisku zastępcy kierownika do sprawa

inwestycji i w tym charakterze była przedstawicielem inwestora przy budowie. Świadek wyraziła stanowisko na temat robót drogowych wskazując, że pozwolenie na budowę obejmowała także te roboty, skoro stanowiły one element zagospodarowania terenu. Na planie sytuacyjnym była usytuowana droga, miejsca parkingowe i plac manewrowy. Także pozostałe zeznania tego świadka nie budziły zastrzeżeń. Dotyczyły one kwestii związanych z nieskutecznymi odbiorami oraz wadliwym wykonaniem przez powoda szeregu prac.

Wiarygodne były także zeznania świadka L N - autora rysunku drogi (k. 169) i jeszcze jednego rysunku określającego wysokość rzędnych jezdni i parkingów, opracowanych na prośbę R W. Świadek nie był natomiast autorem rysunku opisującego przekrój drogi (k. 170). Świadek wskazał, że na podstawie jego rysunków, które dotyczyły także parkingów i placu manewrowego, możliwe było wykonanie robót drogowych. Nie miała znaczenia zmiana kostki na płyty ażurowe. Świadek przyznał, że dokonał wpisu do dziennika budowy, że drogę należało odwodzić do studzienek ściekowych i wskazał miejsca podłączeń do studzienek rewizyjnych. Zeznania świadka nie budziły zastrzeżeń, były jasne i fachowe.

Nie budziły zastrzeżeń zeznania świadka W G - kierownika gminnego referatu do spraw inwestycji. Były one klarowne i w większości pokrywały się z zeznaniami świadka A G; oraz innymi dowodami uznanymi przez Sąd za miarodajne. Świadek opisał problem robót drogowych, wskazał na wadliwe wykonanie robót wykończeniowych przez powoda, przyznał fakt zdemontowania grzejników, lecz nie wiedział, kto tego dokonał i sygnalizowanie przez powoda kolizji jego robót i innych podwykonawców, niewłaściwą koordynację robót oraz wskazał na przyczynę odmowy odbioru przed wrześniem 2012 r.

Co do świadka Sł R, zastępcy burmistrza Gminy - to jego zeznania były w większości zeznaniami ze słyszenia, co osłabiało ich walor dowodowy. Poza wiarygodnym stwierdzeniem, że inwestor nie potrącił z wynagrodzenia pozwanego 1 kar umownych za zwłokę w oddaniu robót, pozostałe zeznania nie miały większego znaczenia.

Z kolei zeznania powoda uznane zostały za częściowo wiarygodne. Nie budziły zastrzeżeń zeznania powoda, wedle których z inicjatywą zawarcia umowy wystąpił pozwany 1 i to on opracował projekt umowy, a także zeznania dotyczące rozpoczęcia robót w listopadzie 2011 r. i zejścia z budowy w czerwcu 2012 r., bez formalnego odbioru robót przez pozwanego 1. Wiarygodne były też zeznania powoda na temat zdemontowania ogrzewania podczas nieobecności jego pracowników w czasie dwutygodniowej przerwy świątecznej i utrudnienia z tym związane, a także obietnice pozwanego 1 o szybkim podłączeniu kotłowni, co jednak nie nastąpiło w okresie zimowym. Fakt zdemontowania grzejników był poza

sporem, a jedynie pozwany 1 zeznał, że nastąpiło to z uwagi na uszkodzenie przez pracowników powoda rur doprowadzających ciepło do grzejników. W tym zakresie Sąd dał wiarę zeznaniom powoda i jego świadków. O uszkodzeniu rur nikt inny nie mówił, a nie sposób przyjąć, że tak istotna okoliczność, bo zagrażająca terminowi inwestycji nie byłaby przez nikogo podniesiona. W konsekwencji należało za wiarygodne uznać także zeznania powoda na temat trudności związanych z wykonywaniem robót od stycznia do marca, zwłaszcza tych mokrych. Wiarygodne były zeznania powoda na temat liczby pracowników na budowie, bo potwierdził to pozwany 1.

Nie budziły także zastrzeżeń zeznania powoda dotyczące robót dodatkowych polegających na wykonaniu posadzek i wentylacji grawitacyjnej, bo korespondowały one z zeznaniami inspektorów nadzoru, a wykonanie tych pierwszych potwierdził także pozwany 1. Co do wentylacji, to fakt jej wykonania wynika także z zeznań kominiarza R P: , który wskazał na i to, że ich usunięcie wymagało dwóch dni. W tej zatem kwestii, a więc że te roboty były wykonane prawidłowo, zeznania powoda nie były wiarygodne. Co do robót drogowych zeznania powoda były wiarygodne tylko w części dotyczącej zakresu przekazanej mu dokumentacji i odstąpienia od umowy z uwagi na stanowisko podwykonawcy. Nie były natomiast wiarygodne zeznania, wedle których w oparciu o dokumentację opracowaną przez inwestora i przekazaną mu przez kierownika budowy nie można było wykonać poprawnie robót drogowych. Przeczą temu nie tylko zeznania świadków inwestora i L N ale także opinia PZiTb stanowiące miarodajne dowody w sprawie. Taki wniosek potwierdza także fakt wykonania tych robót przez A M w oparciu o tę samą dokumentację.

Co do robót wykończeniowych to zeznania powoda - zgodnie z którymi pojawiały się problemy związane z koniecznością wykonania ponownie tych samych robót z uwagi na ich niszczenie przez innych podwykonawców w trakcie wykonania robót- były wiarygodne, bo znajdowały potwierdzenie w zeznaniach świadka K I a ponadto obrazują je zdjęcia sporządzone przez pracowników powoda w dniu 11 czerwca 2012 r. (k. 213-224, 261-266). Wiarygodne były także zeznania powoda, że pozostałe roboty, określone w protokole z dnia 23 maja 2012 r. - z wyjątkiem robót drogowych, które nie zostały w ogóle wykonane, oraz robót wykończeniowych, które zostały wykonane w 80% - były wykonane w całości. Nie zasługiwały natomiast na wiarę zeznania powoda co do tego, że roboty nie miały wad, skoro ich istnienie potwierdzili liczni świadkowie. Sam powód przyznał zresztą, iż do wykonania pozostały poprawki, zwłaszcza robót malarskich. Niezależnie od tego, fakt ich występowania wynika z dołączonego przez powoda do pozwu załącznika do protokołu odbioru z dnia 11 lipca 2012 r. podpisanego przez pozwanego 1 i inspektorów nadzoru oraz kierownika OSiR (k. 254-257).

Nie były także wiarygodne zeznania powoda w tej części, z której wynika, że ścianki działowe w pomieszczeniach sanitarnych były wykonane zgodnie z dokumentacją. To, że nie określa ona materiałów, z których miały być wykonane, nie oznacza, iż można było zastosować płyty wiórowe, bo konieczność zastosowania płyt HPL wynikała z załącznika do umowy (k. 73). Ponadto jasne jest, że pod wpływem wilgoci będą „puchnąć”. W tej materii zeznania powoda były sprzeczne – z uznanymi za wiarygodne – zeznaniami świadka P Ł. którego ojciec na zlecenie powoda wykonał pierwotne ścianki działowe. Nie były również wiarygodne zeznania powoda odnośnie tego, że wszystkie drzwi zostały poprawnie zamontowane, a inni podwykonawcy je uszkodzili, bo przeczyły temu zeznania świadków. Wiarygodne były natomiast zeznania powoda, że zszedł z placu budowy w czerwcu 2012 r., a potem już ich nie podjął.

Co do zeznań pozwanego 1 – M P, to było one wiarygodne częściowo, w części dotyczącej znajomości z powodem i zaproponowania mu zawarcia umowy. Nie budziły także zastrzeżeń zeznania pozwanego 1 dotyczące robót drogowych, bo możliwość ich wykonania w oparciu o przekazaną powodowi dokumentację została potwierdzona przez świadków i opinię PZiTb. Wiarygodne były zeznania pozwanego 1 na temat robót posadzkowych wykonanych przez powoda, liczby pracowników powoda wykonujących prace, aneksu do umowy zawartej z inwestorem wydłużającym termin do czerwca 2012 r., niewłaściwym osadzeniu przez powoda drzwi, ścian działowych w pomieszczeniach sanitarnych, wzywania powoda do usunięcia wad, nienaliczenia G S; i kar umownych, zapłaty mu w całości wynagrodzenia. Zeznania na ten temat znalazły potwierdzenie albo w dowodach osobowych, albo w dokumentach, stanowiących miarodajne dowody w sprawie.

Nie były natomiast wiarygodne te zeznania, wedle których powód wentylację grawitacyjną wykonał tylko częściowo, bo przeczą mu nie tylko zeznania powoda, ale także świadków J Ż. -T. i R P uznane za wiarygodne.

Sąd nie dał także wiary zeznaniom pozwanego 1 co do tego, że to pracownicy powoda uszkodzili rury doprowadzające na parterze ciepło do grzejników, co spowodowało konieczność ich demontażu. Pozwany 1 zeznał, iż dowiedział się o tym od swoich pracowników, a grzejniki zdemontowali pracownicy Gminy. Poza tymi zeznaniami, i to ze słyszenia, nie ma innych dowodów na to, że to pracownicy powoda spowodowali konieczność demontażu grzejników. Z tych względów zeznania pozwanego 1 w tej części nie zasługiwały na danie im wiary. To samo dotyczyło zeznań na temat koordynacji i tłumaczenia, że na każdej budowie są problemy z koordynacją robót. Zastrzeżenia budziły zeznania pozwanego 1, że pozwana 2 potrąciła mu z wynagrodzenia kary umowne w wysokości 168.000 zł.

Pomijając pismo inwestora do pozwanego 1 z dnia 19 października 2012 r., w którym wskazał na naliczenie kar w wysokości 169.088,00 zł (k. 359), nie ma innych dowodów, że wynagrodzenie pozwanego 1 zostało pomniejszone o tę kwotę. Ponadto świadek S R zastępca burmistrza Gminy, zeznał jednoznacznie, że inwestor nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia pozwanego 1.

Dalej Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w sprawie została opracowana przez PZITB opinia. Autorem opinii był inż. I J, a zatwierdził ją dr inż. J N (k. 768).

W ocenie Sądu Okręgowego, co do robót drogowych zarówno opinia pisemna, jak i zeznania jej autora, nie budziły zastrzeżeń. Odpowiadały na podstawione przez Sąd pytania zawarte w pkt 1 i 2 zlecenia, a odpowiedzi są jasne i fachowe. Autor opinii na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. podtrzymał opinię pisemną podkreślając, że była możliwość wykonania robót drogowych w oparciu o opracowane przez inwestora rysunki.

Sąd wskazał, że odnosząc się do zarzutów powoda dotyczących kwestii wpustów w celu odwodnienia drogi autor opinii zeznał, iż kwestia wpustów nie była uzgodniona, a zatem nie jest jasne, czy wpusty były konieczne. Autor opinii odpowiedział także na pytania powoda. Powód na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. złożył do akt sprawy rzut z góry planu sytuacyjnego (k. 862), który Sąd, z uwagi na obecność autora opinii, dopuścił jako dowód w sprawie. Autor opinii nie był w stanie w oparciu o ten dokument odnieść się do tezy powoda, że wystąpiła różnica między kształtem i powierzchnią tego placu. Pozwana 2, mimo zobowiązania nie przedłożyła planu sytuacyjnego, natomiast na rozprawie w dniu 9 września 2015 r. jej pełnomocnik potwierdził, że jest on zgodny z dokumentacją stanowiącą załącznik do decyzji o wydaniu pozwolenia na budowę (00.02.04, k. 896). Autor opinii Ireneusz Jarocki potwierdził poprawność tych ustaleń w zeznaniach na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. (00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Co do wykonania przez powoda robót określonych w dokumentach na k. 203-206, PZITB stwierdził w pisemnej opinii, że strony nie prowadziły księgi obmiarów robót, a ich zakres był określany szacunkowo w protokole odbioru. Autor opinii wysłuchał przedstawicieli stron podczas wizji lokalnej i stwierdził, iż z punktu widzenia technologicznego zakres prac określony w tych dokumentach mógł być wykonany, a strony nie deklarowały zwiększonego zakresu (k. 757). PZITB podtrzymał opinię w piśmie z dnia 08 maja 2015 r. podkreślając, że średnia oznacza niejednolite zaawansowanie (k. 855). Także autor opinii nie zmienił stanowiska w trakcie przesłuchania (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Sąd Okręgowy uznał jednak, że wprawdzie zarówno opinia, jak i zeznania jej autora są klarowne, to jednak nie przesądzają kwestii wynagrodzenia w wysokości stanowiącego dalsze 20%, tj. kwoty 87.387,68 zł. Jakkolwiek zdaniem Sądu I instancji rację ma autor opinii co do znaczenia średniej procentowej zaawansowania robót, ale o wykonaniu przez powoda robót w większym lub w mniejszym stopniu decyduje całokształt materiału dowodowego, a jego analiza prowadzi do wniosku, że powód wykonał te roboty w całości.

Dalej Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że trzecie zagadnienie stanowiące przedmiot opinii dotyczyło wykonania robót dodatkowych określonych w kosztorysie powoda na k. 159-163 i ich wartości. W tej części opinia pisemna i zeznania jej autora stanowiły w ocenie Sądu miarodajny dowód w sprawie, były jasne i logiczne.

Przechodząc do rozważenia kwestii prawnych Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w pierwszej kolejności konieczne było rozstrzygnięcie problemu związanego z ustaleniem przez strony wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 650.000,00 zł, które obejmowało także wynagrodzenie za roboty drogowe.

Wskazał, że powód - odwołując się do zestawienia wartości wykonanych robót podpisanego w dniu 29 maja 2012 r. przez kierownika budowy i kierownika robót (k. 206) - domagał się reszty wynagrodzenia z faktury z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/12/FVS (130.000,00 zł), określającej 80% wynagrodzenia za roboty wymienione w pkt 1-13 i 15 tego zestawienia, oraz dalszych 20% wynagrodzenia z pozycji 1-10, 12-13 i 15 tego zestawienia, stanowiącej 87.387,68 zł. Z pozycji 11 dotyczącej robót wykończeniowych (36.977,18 zł) powód w wymienionej fakturze ujął 80% (29.581,74 zł), natomiast nie wykonał dalszego zakresu tych robót, a zatem dalsza część wynagrodzenia, której dochodzi w procesie, tj. kwota 87.387,68 zł, nie obejmuje 20% robót wykończeniowych.

Powód nie domagał się wynagrodzenia, ujętego w wynagrodzeniu ryczałtowym, za drogi i parkingi (129.834,54 zł), których nie wykonał (wyjaśnienia pełnomocnika powoda na rozprawie w dniu 27 października 2015 r., 00.06.31-00.18.51, k. 920). Przedmiotem powództwa było też wynagrodzenie za roboty dodatkowe w wysokości 29.781,19 zł.

Sąd podkreślił, że obrona pozwanej 2 ograniczyła się do powielenia zarzutów sformułowanych przez pozwanego 1 i do stwierdzenia, że w wyniku dokonanego przez pozwanego 1 potrącenia doszło do umorzenia zobowiązania generalnego wykonawcy, co czyni roszczenie oparte o art. 647¹ § 5 k.c. wobec inwestora bezzasadnym.

Odnosnie roszczenia o zapłatę kwoty 130.000,-zł Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powód w dniu 29 maja 2012 r. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr 0012/12/FVS

na kwotę 255.896,51 zł z terminem płatności do dnia 28 czerwca 2012 r. (k. 207). Pozwany 1 zapłacił z tej faktury kwotę 125.896,51 zł. Powód domagał się zapłaty reszty należności w wysokości 130.000,00 zł. Pozwany 1 nie kwestionował zasadności tego roszczenia, natomiast zarzucał, że w wyniku potrącenia doszło do umorzenia wierzytelności z tego tytułu. Identyczne stanowisko zajęła pozwana 2. W rezultacie zdaniem Sądu nie było potrzeby uzasadnienia tej części dochodzonego przez powoda roszczenia, zasadnego w świetle art. 647 k.c. wobec pozwanego 1, a wobec pozwanej 2 w świetle art. 647¹ § 5 k.c.

Odnosnie roszczenia o zapłatę kwoty 87.387,68 zł, stanowiącego 20% wartości robót określonych w protokole z dnia 23 maja 2013 r. (k. 203), to także było ono w ocenie Sądu I instancji zasadne w całości. Kwestia wykonania robót dodatkowych była przedmiotem opinii PZITB, który stwierdził, że strony nie prowadziły księgi obmiarów robót, a ich zakres był określany szacunkowo w protokole odbioru. Autor opinii wysłuchał przedstawicieli stron podczas wizji lokalnej i stwierdził, iż z punktu widzenia technologicznego zakres prac określony w tych dokumentach mógł być wykonany, a strony nie deklarowały zwiększonego zakresu (k. 757). PZITB podtrzymał opinię w piśmie z dnia 8 maja 2015 r. podkreślając, że średnia oznacza niejednolite zaawansowanie (k. 855). Także autor J. : J. opinii nie zmienił stanowiska w trakcie przesłuchania (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867).

Jak już to wcześniej wskazał Sąd Okręgowy zarówno opinia, jak i zeznania jej autora nie przesądzały kwestii wynagrodzenia w wysokości 87.387,68 zł. Sąd zwrócił uwagę, że o wykonaniu przez powoda robót decyduje całokształt materiału dowodowego, a jego analiza prowadzi do wniosku, iż powód wykonał te roboty w całości. Wynika to nie tylko z zeznań powoda i jego świadków, ale, co istotne, także z zeznań świadka pozwanego K. W , kierownika budowy oraz z zeznań inspektora nadzoru R. C. Zdaniem Sądu rację ma powód, że gdyby roboty określone w protokole z dnia 23 maja 2012 r., z wyjątkiem robót drogowych i wykończeniowych, nie były wykonane w całości, to niewątpliwie pozwany 1 wezwałby go do ich zakończenia.

W konsekwencji, w ocenie Sądu Okręgowego roszczenie w tej części było także zasadne w oparciu o wymienione poprzednio podstawy prawne.

Co do roszczenia o zapłatę kwoty 29.781,19 zł z tytułu robót dodatkowych, to umowa zawarta między powodem i pozwanym 1 o robotach dodatkowych stanowiła w § 9 ust. 4, zgodnie z którym powód powinien informować zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót

dotychczasowych i zamiennych, w terminie 3 dni od stwierdzenia konieczności ich wykonania.

Strony w umowie przewidziały zatem możliwość zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych. Co istotne, podwykonawca miał w tej sprawie zawiadomić nie generalnego wykonawcę, lecz inspektora nadzoru.

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że powód w sprawie robót dodatkowych kontaktował się z kierownikiem budowy A. W. który powiedział mu, że ma na temat rozmawiać z inspektorem nadzoru. Zakres robót dodatkowych był uzgadniany z inspektorem nadzoru Wojciechem Cwojdzimskim. Problem robót dodatkowych był poruszany na radach budowy. Pozwani 1 i 2 wiedzieli o robotach dodatkowych i akceptowali konieczność ich wykonania. Roboty dodatkowe obejmowały wykonanie posadzki na parterze i I piętrze. Powód sporządził kosztorys robót dodatkowych, który został w niewielkim zakresie skorygowany przez W. C. (inspektora nadzoru). Powód po uwzględnieniu tej korekty przedstawił kosztorys na wykonanie robót dodatkowych na kwotę 29.781,19 zł. Fakt wykonania robót dodatkowych określonych w kosztorysie sporządzonym przez powoda został potwierdzony w opinii PZITB, a wartość brutto tych robót została ustalona w opinii PZITB na 24.623,99 zł (k. 758).

Wprawdzie powód zakwestionował tę wycenę zarzucając, że sporządzając kosztorys robót dodatkowych korzystał z innego serwisu internetowego, niż autor opinii, to jednak PZITB w piśmie z dnia 8 maja 2015 r. podtrzymał swoją opinię podkreślając, że powód do rozliczeń z pozwanym stosował stawkę 8,00 zł za godzinę, która była zaakceptowana przez pozwanego 1. Pozostałe stawki zostały przyjęte jako średnie (k. 856). Stanowisko to autor podtrzymał w trakcie zeznań (rozprawa z dnia 14 maja 2015 r., 00.05.59-00.56.40, k. 863-867). W ocenie Sądu Okręgowego zasadnie w opinii została przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 8,00 zł, skoro taka była stosowana w rozliczeniach z pozwanym 1, czego powód nie negował. Opinia uwzględniła także narzuty stosowane przez powoda w rozliczeniu z pozwanym 1, natomiast ceny materiałów i sprzętu średnie według bazy INTERCEBUD.

W konsekwencji w ocenie Sądu roszczenie powoda o wynagrodzenie za roboty dodatkowe było zasadne do wysokości 24.623,99 zł, a podstawę roszczenia stanowiły art. 647 k.c. wobec pozwanego 1 i art. 647¹ § 5 k.c. wobec pozwanej 2.

W dalszej części Sąd odniósł się do podnoszonych przez pozwanych zarzutów potrącenia.

Pozwany 1 - M. P. podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powoda dochodzonych pozwem ze swoimi wierzytelności w wysokości 449.708,80 zł, przy

czym w odniesieniu do wierzytelności powoda w kwocie 117.168,87 zł, czyli tych nie objętych fakturą VAT z dnia 29 maja 2012 r. nr 0012/12/FVS, zarzut ten podniósł z ostrożności, negując istnienie wierzytelności powoda w tym zakresie.

Wierzytelności pozwanego 1 przedstawione do potrącenia zostały wymienione w pkt 1-16 odpowiedzi na pozew (k. 306-307).

Sąd podkreślił, że dowód istnienia wierzytelności przedstawionych do potrącenia obciąża pozwanego 1 (art. 6 k.c.), a zatem był on zobowiązany wykazać nie tylko podstawę, z której wierzytelność wynika, ale także jej wysokość.

Pozwany 1 przyjął do potrącenia wszelkie wynagrodzenie zapłacone osobom trzecim za prace wyszczególnione w odpowiedzi na pozew, wskazując jako podstawę prawną wierzytelności art. 636 § 1 k.c., który z mocy art. 656 § 1 k.c. ma odpowiednie zastosowanie do umów o roboty budowlane.

Sąd podkreślił, że zawarte w przytoczonej normie prawnej sformułowanie o „wykonywaniu dzieła w sposób wadliwy” odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonywania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieł o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje. Wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to z kolei naruszenie uzgodnień stron co do przebiegu realizacji prac oraz cech powstającego dzieła. Dotyczy to również niestosowania się przez wykonawcę do wskazówek zamawiającego dotyczących wykonywania dzieła, o ile na podstawie umowy były one dla wykonawcy wiążące.

Odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego wskazał Sąd, że sprzeczność z umową, o której jest mowa w art. 636 k.c. dotyczy odstępstwa od określonego w umowie sposobu wykonywania dzieła, w tym wykonywania go, wbrew umownemu obowiązkowi, przez osoby trzecie. Nie powinno być przy tym kwestionowane, że art. 636 § 1 k.c. ma zastosowanie na etapie wykonywania dzieła przez przyjmującego zamówienie, a nie po jego zakończeniu. W odniesieniu do ujawnionych potem wad w rachubę wchodzi odpowiedzialność z rękojmi, gwarancji, w razie jej zastrzeżenia i odpowiedzialność odszkodowawcza *ex contractu* na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.).

Przechodząc do omówienia poszczególnych wierzytelności przedstawionych do potrącenia, w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniósł się do wierzytelności z tytułu wykonania robót drogowych w wysokości 202.104,99 zł.

Podkreślił, że wedle powoda był on uprawniony do odstąpienia od umowy o wykonanie robót drogowych (dróg i parkingów), gdyż jego świadczenie objęte umową było podzielne. Ponieważ pozwany 1 nie przedstawił do dnia odstąpienia od tej części umowy, a nawet później, dokumentacji projektowej powód był uprawniony do odstąpienia od umowy. Zakres robót wykonanych przez K: M. różnił się od zakresu, który miał wykonać powód. W konsekwencji zdaniem powoda - roszczenie pozwanego 1 z tytułu zastępczego ich wykonania było bezpodstawne (pismo przygotowawcze powoda z dnia 13 maja 2013 r. k. 451-452).

Dalej Sąd wskazał, że umowa zawarta przez strony obejmowała niewątpliwie roboty drogowe, gdyż uwzględniało je wynagrodzenie ryczałtowe.

Odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego wyjaśnił, że wedle jednego stanowiska świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.), zaś wedle innego charakter podzielny ma z istoty swojej świadczenie pieniężne oraz z reguły świadczenie rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku. Świadczenie rzeczy oznaczonej co do tożsamości jest zawsze niepodzielne, bez względu na to, czy chodzi o umowę o roboty budowlane, czy umowę o dzieło.

W ocenie Sądu Okręgowego na aprobatę zasługuje drugi z wyrażonych poglądów, jakkolwiek aprobata tego stanowiska nie wyklucza dokonania *in concreto* odmiennej oceny przedmiotu świadczenia wykonawcy robót budowlanych.

Dalej Sąd odwołał się do ustawowej definicji świadczenia podzielnego zawartej w art. 379 § 2 k.c. i uznał, że analiza umowy łączącej powoda pozwanego 1 nie pozostawia wątpliwości, iż roboty drogowe stanowiły odrębne świadczenie od pozostałych wymienionych w jej § 1 prac.

Za taką wykładnią czynności prawnej przemawiało już tylko to, że nie wymieniał ich § 1 umowy, natomiast załącznik do umowy określał przedmiar robót i wynagrodzenie za wykonanie robót drogowych. Sąd Okręgowy podzielił zatem stanowisko powoda, wedle którego jego świadczenie było podzielne w tym sensie, iż możliwe było spełnienie świadczenia polegającego na wykonaniu robót drogowych niezależnie od wykonania pozostałych robót objętych umową. W konsekwencji nie było też przeszkód do odstąpienia od tej części umowy.

Sąd zwrócił uwagę, że z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, iż między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, iż zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był

tylko plan sytuacyjny. Zgodnie ze szkicami przekazanymi powodowi miała być warstwa odsączająca (piasek), potem beton (12 cm), podsypka piasku (5 cm) i kostka. Przekazane powodowi rysunki drogi (k. 166-172), jako uzupełnienie i modyfikacja projektu budowlanego, były prawidłowe w zakresie technologii wykonania robót drogowych, a więc było możliwe na ich podstawie wykonanie drogi na terenie OSiR, lecz nie w zakresie opisanym dokumentacji przetargowej. Zakres robót opisany w tej dokumentacji był niespójny wewnętrznie i niezgodny z zasadami technologicznymi wykonania wewnętrznych robót drogowych. Między kierownikiem budowy i kierownikiem robót na początku marca 2012 r. została wymieniona korespondencja mailowa związana z robotami drogowym. Kierownik budowy K. W. w dniu 9 marca 2012 r. przekazał powodowi skany rysunków drogi do projektu budowlanego, w tym opracowane przez L. N., zaznaczając, że inwestor ma się wypowiedzieć do 14 marca co do zakresu prac. Nie było dokumentacji dotyczącej wykonania placu manewrowego, był tylko plan sytuacyjny. Powód otrzymał jedynie rzut z góry (k. 168 i 171). R. W., który miał na zlecenie powoda wykonać roboty drogowe, nie wyraził zgody na ich wykonanie z uwagi na konieczność udzielenia 5-letniej gwarancji. R. W. uznał za wadliwą technologię wykonania robót polegającą na podsypce z piasku, która nie gwarantowała wytrzymałości. Według niego konieczne było też wykonanie w pierwszej kolejności placu manewrowego, a potem drogi.

Dalej - odwołując się do poczynionych w sprawie ustaleń - Sąd zwrócił uwagę, że w dniu 26 marca 2012 r. powód w piśmie skierowanym do pozwanego 1 wskazał, iż w razie zaprojektowania podbudowy drogi, w której warstwą końcową będzie zagęszczona warstwa piasku nie będzie możliwe udzielenie gwarancji na okres dłuższy niż 24 miesiące. Powód przesłał też wycenę zaprojektowanej drogi na kwotę 190.087,57 zł i zażądał udzielenia jak najszybszej odpowiedzi (k. 177-184).

W piśmie dnia 26 kwietnia 2012 r. powód podkreślił wycofanie się przez zamawiającego z wykonania dróg i parkingów oraz zlecenie w tym zakresie robót zamiennych oraz wezwał go do przekazania zaktualizowanego projektu budowlanego dotyczącego tych robót w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy, a w piśmie z dnia 10 maja 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od części umowy w odniesieniu do robót drogowych i parkingu (k. 185).

O robotach drogowych była mowa także po złożeniu przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 10 maja 2012 r. (k. 186). Na naradzie w dniu 23 maja 2012 r. inwestor oświadczył, że przekaże rysunki, na których zostaną zaznaczone rzędne wpustów do dnia 24 czerwca 2012 r. (pkt 5, k. 132).

Sąd zwrócił uwagę, że umowa łącząca powoda i pozwanego 1 nie przewidywała uprawnień podwykonawcy do odstąpienia, zastrzegając je jedynie na rzecz generalnego wykonawcy (§ 18, k. 66-67). Przepisy tytułu XVI księgi trzeciej k.c. nie normują uprawnień wykonawcy do odstąpienia od umowy. Przepis art. 656 § 1

k.c. nie zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania art. 640 k.c., zgodnie z którym, jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Umowa o roboty budowlane stanowi wprawdzie odrębny typ umowy nazwanej, ale nie ma wątpliwości co do jej pochodzenia od umowy o dzieło i ścisłego związku z tą umową, o czym świadczy m.in. zakres odesłania z art. 656 § 1 k.c. Uprawniona jest teza, że umowa o roboty budowlane stanowi wyspecjalizowany typ umowy o dzieło. Brak odpowiednika art. 640 k.c. w tytule XVI księgi trzeciej k.c. oraz odesłania do tego przepisu w art. 656 § 1 k.c. stanowi zdaniem Sądu Okręgowego lukę konstrukcyjną w prawie. Sytuacja objęta hipotezą tego unormowania występuje najczęściej w stosunkach prawnych wynikających z umowy o roboty budowlane. W związku z tym zdaniem Sądu należy *per analogiam legis* stosować art. 640 k.c. do umów o roboty budowlane. Brak współdziałania, o którym mowa w tym przepisie, polega m.in. na niedostarczeniu przez zamawiającego wykonawcy dokumentacji projektowej lub dostarczenie wadliwej dokumentacji i jej niepoprawienie.

Pozwany 1, mimo wzywania i zagrożenia odstąpieniem od umowy w piśmie z dnia 26 kwietnia 2014 r. (k. 185) i bezskutecznym upływie terminu, nie dostarczył poprawnej dokumentacji dotyczącej robót drogowych, co uprawniało powoda, w świetle powołanego przepisu do odstąpienia od tej części umowy. W konsekwencji oświadczenie powoda zawarte w piśmie z dnia 10 maja 2014 r. (k. 186) wywołało zdaniem Sądu skutek prawny.

Sąd zwrócił przy tym uwagę, że wprawdzie roboty drogowe wchodzące w zakres inwestycji, mogły być wykonane na podstawie rysunków sporządzonych przez L. N. ale w świetle opisanych w opinii PZITB sprzeczności między zakresem prac określonych w kosztorysie a zakresem tych prac określonych w dokumentacji w ocenie Sądu powód zasadnie obawiał się o poprawne wykonanie robót.

Odmiennego wniosku nie uzasadniał fakt ustalenia przez powoda i pozwanego 1 w umowie wynagrodzenia ryczałtowego. W takim wypadku wykonawca nie może domagać się zapłaty wynagrodzenia za roboty niewykonane, natomiast nie przesądza to o obowiązku zwrotu zamawiającemu wynagrodzenia poniesionego w związku z wykonaniem tych prac przez innego wykonawcę.

Dalej zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że pozwany 1 wskazywał, iż podstawę wierzytelności przedstawionej do potrącenia w kwocie 202.104,99 zł stanowił art. 636 § 1 k.c.

Sąd I instancji wskazał, że niezależnie od przedstawionych argumentów, w świetle których powód był uprawniony do odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c. – co wyklucza zastosowanie art. 636 § 1 k.c. – to sformułowanie o „wykonywaniu dzieła w sposób wadliwy” odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonywania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieła o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje. Wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to z kolei naruszenie uzgodnień stron co do przebiegu realizacji prac oraz cech powstającego dzieła. Dotyczy to również niestosowania się przez wykonawcę do wskazówek zamawiającego dotyczących wykonywania dzieła, o ile na podstawie umowy były one dla wykonawcy wiążące.

Sąd odwołał się także do orzeczenia Sądu Najwyższego, w którym stwierdził, że jeżeli strony w umowie o dzieło określiły wynagrodzenie ryczałtowo, to okoliczność, iż przyjmujący zamówienie nie wykonał wszystkich robót, co zmusiło zamawiającego do powierzenia wykończenia dzieła innej osobie, nie oznacza przekreślenia ryczałtowości wynagrodzenia. W takiej sytuacji należy od umówionego wynagrodzenia ryczałtowego odliczyć to, co zamawiający musiał wydatkować na dokończenie dzieła, nie zaś określać wysokość wynagrodzenia na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych robót.

W ocenie Sądu Okręgowego – wbrew stanowisku pozwanego 1 – sytuacja w sprawie była jednak o tyle odmienna, że powód nie wykonał robót drogowych z uwagi na brak współdziałania ze strony zamawiającego (pozwanego 1). W konsekwencji art. 636 § 1 k.c. nie znajduje w sprawie zastosowania. Nawet jednak gdyby przyjąć inaczej, to i tak, wbrew stanowisku pozwanego 1, zamawiający nie może domagać się od powoda całego wynagrodzenia zapłaconego wykonawcy zastępczemu. Prawidłowa wykładnia końcowej części unormowania, w którym jest mowa o powierzeniu dokończenia dzieła osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, oznacza zdaniem Sądu, iż jest on zobowiązany do zwrotu kosztów pozostających w adekwatnej relacji przyczynowej ze wspomnianymi czynnościami wykonania zastępczego.

Zdaniem Sądu I instancji w rozpoznawanej sprawie trudność związana była z tym, że między dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy, a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 1 do umowy) zaistniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem

tych prac określonych w dokumentacji, gdyż dotyczyły innego sposobu wykonania nawierzchni. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. W konsekwencji nie sposób ustalić wynagrodzenia powoda ustalonego w umowie za wykonanie robót drogowych, a jeśli tak, nie ma możliwości ustalenia różnicy wynagrodzenia, o której była mowa. K M wykonała roboty wprawdzie w oparciu o sporządzone przez L N: rysunki, ale ich zakres, a tym samym wynagrodzenie, jest różny od tego, który wynikał z załącznika nr 1 do umowy. Nie można zdaniem Sądu wykluczyć sytuacji, w której wynagrodzenie powoda za roboty drogowe byłoby identyczne, jak to, które zapłacił pozwany 1. Nie sposób jednak w ocenie Sądu przyjąć, że ryczałt ustalony na 650.000,00 zł obejmował wynagrodzenie za roboty drogowe, które same przecież miały wartość 202.000,00 zł.

W konsekwencji zdaniem Sądu w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, nie sposób ustalić relacji między zakresem wykonanych zastępczo przez pozwanego 1 robót drogowych a tymi, które miał wykonać powód. Wyklucza to więc bez opinii biegłego – a w tym zakresie nie było inicjatywy pozwanych – ustalenie, czy wystąpił zwiększony koszt wykonania robót drogowych, o których mowa w art. 636 § 1 *in fine* k.c.

Z tych wszystkich względów zdaniem Sądu I Instancji zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 202.104,99 zł był chybiony.

Odnosnie zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu wykonania robót wykończeniowych w wysokości 107.588,00 zł, to Sąd wyjaśnił, iż roboty wykończeniowe, których wartość, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określono na 36.977,18 zł, powód wykonał w 80%, czyli o wartości 29.581,74 zł, co wynika z protokołu podpisanego przez inspektora nadzoru w dniu 23 maja 2012 r. (k. 203), oraz z zestawienia z dnia 29 maja 2012 r. podpisanego także przez kierownika robót (k. 206), a także z dowodów osobowych.

Zarzut potrącenia kwoty 107.588,00 zł Sąd uznał za bezzasadny.

Zdaniem Sądu, wbrew stanowisku powoda, nie ma podstaw do kwestionowania zapłaty przez pozwanego 1 G: S wynagrodzenia w wysokości określonej w umowie. Materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że pozwany 1 zapłacił powodowi należności wynikające z wystawionych przez C S: faktur VAT. Nie przesądza to jednak zdaniem Sądu trafności zarzutu potrącenia.

Z uzasadnienia odpowiedzi na pozew wynika, że pozwany 1 wywodził swoje roszczenie w wysokości 107.588,00 zł z art. 636 § 1 k.c. W ocenie Sądu I Instancji stan faktyczny sprawy nie podlega jednak kwalifikacji pod ten przepis. Znajduje on

bowiem zastosowanie na etapie wykonywania przez przyjmującego zamówienie dzieła, a nie po jego zakończeniu.

Powód w momencie zawarcia przez pozwanego 1 z G: S: w dniu 18 lipca 2012 r. umowy nie wykonywał już żadnych prac wykończeniowych. Pozwany 1 wzywał powoda do wykonania robót wykończeniowych (pismo z dnia 06 czerwca 2012 r., k. 211), ale nie wykazał, że po stwierdzeniu w dniu 11 lipca 2012 r. wad i ich spisaniu z udziałem inspektorów nadzoru (k. 254-257) wezwał powoda do ich usunięcia i wyznaczył mu w tym celu termin, co potwierdza jego pismo z dnia 13 lipca 2012 r. (k. 252-253). Co więcej materiał dowodowy prowadzi do wniosku, że powód nie miał możliwości przystąpienia do dalszych robót z uwagi na wykonywanie robót przez innych podwykonawców, w trakcie których dochodziło do niszczenia wykonanych przez niego prac.

Wykluczenie zastosowania art. 636 § 1 k.c. nie przesądza jeszcze o bezzasadności zarzutu potrącenia z wierzytelnościami powoda wynagrodzenia zapłaconego przez pozwanego 1 G S: Koszty związane z usuwaniem wad stanowią bowiem szkodę poniesioną przez pozwanego 1 w związku z nienależytym wykonaniem przez powoda umowy. Sąd zwrócił uwagę, że ciężar dowodu przesłanek z art. 471 k.c. obciąża jednak pozwanego 1, co dotyczy nie tylko faktu naruszenia zobowiązania, ale także szkody, jej wysokości i normalnego związku przyczynowego między tymi faktami w rozumieniu art. 363 § 1 k.c. Pozwany 1 nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, ograniczając się do dołączenia do odpowiedzi na pozew umowy zawartej z G S: oraz wykazania faktu zapłaty mu wynagrodzenia.

Wprawdzie powód nie wykonał całości prac wykończeniowych, ale w ramach wynagrodzenia ryczałtowego całe wynagrodzenie za te prace opiewało na 36.977,18 zł, a materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że powód wykonał 80% tych robót i tylko za ten zakres robót domagał się wynagrodzenia w fakturze VAT nr 0012/12/FVS z dnia 29 maja 2012 r. Powód był gotów do dokończenia tych prac, ale z uwagi na brak koordynacji robót przez pozwanego 1, niszczenia poprzednio wykonanych prac i brak frontu robót ich nie dokończył. Jeżeli wierzytelność przedstawiona do potrącenia dotyczy kosztów związanych z usunięciem wad, to pozwany powinien przede wszystkim wykazać, że G: S: wykonywał te prace, których nie wykonał powód albo, które były wykonane wadliwie. Z zawartej między pozwanym 1 i G: S: : dniu 18 lipca 2012 r. umowy (k. 336-338) nie wynika to jasno. Zakres robót wykonanych przez G: S: określony w załączniku do umowy (k. 339), nie pozwala na jednoznaczne przesądzenie tej kwestii, a tym samym ustalenie związku przyczynowego między naruszeniem przez powoda zobowiązania (niedokończeniem prac

wykończeniowych lub wykonania ich za wadami) a poniesioną przez powoda szkodą.

Sąd podkreślił przy tym zasadniczą różnicę między wysokością wynagrodzenia G i S określoną w umowie na kwotę 107.588,00 zł, a wynagrodzeniem za całe roboty wykończeniowe, które miał otrzymać powód (36.977,18 zł, k. 206). Powód wykonał prace wykończeniowe w 80%, a zatem do wykonania pozostały prace o wartości 7.395,44 zł. Na pozwanym 1 spoczywał ciężar dowodu, że prace objęte umową zawartą z G i S, stanowiły prace, których powód nie wykonał lub polegały na usunięciu wad robót wykonanych przez powoda. Tylko w takim przypadku możliwe byłoby przesądzenie, czy i w jakim zakresie koszty poniesione przez pozwanego 1 (szkoda) pozostają w normalnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda. Przesądzenie tej kwestii nie było zdaniem Sądu możliwe w oparciu o tekst umowy zawartej z G i S załącznik do niej, tym bardziej zważywszy na określone w tym załączniku ceny. Nie było bowiem wystarczające przekonanie, że część z tych prac rzeczywiście dotyczy albo prac niewykonanych, albo wykonanych wadliwie, skoro pozwany 1 nie był w stanie wykazać, o jakie konkretnie prace chodzi, jaki jest ich zakres i wartość. W ocenie Sądu Okręgowego nie sposób przyjąć, że szkoda poniesiona przez pozwanego 1 przekracza prawie trzykrotnie wartość wszystkich robót wykończeniowych, które miał wykonać powód. W konsekwencji, skoro nie było możliwe ustalenie normalnego związku przyczynowego między naruszeniem zobowiązania przez powoda a poniesioną przez pozwanego 1 szkodą, zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda wierzytelności w kwocie 107.500,00 zł należało uznać za bezzasadny.

Jeżeli chodzi o zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych w kwocie 83.200,00 zł, to pozwany 1 wskazał, że na podstawie § 19 ust. 1 umowy zasadne było naliczenie powodowi kar umownych za 64 dni zwłoki w kwocie 83.200,00 zł, za okres tożsamy z okresem, za jaki pozwana 2 naliczyła mu kary umowne (k. 307).

Sąd zwrócił uwagę, że umowa łącząca powoda z pozwanym 1 w § 19 ust. 1 lit a przewidywała kary umowne za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (k. 68). Termin zakończenia robót został ustalony do dnia 30 maja 2012 r. Termin ten został przesunięty o miesiąc - do dnia 30 czerwca 2012 r.

Z poczynionych ustaleń wynika, że powód zszedł z terenu budowy w lipcu 2012 r., bez sporządzenia protokołu przekazania pozwanemu 1 prac. Generalny wykonawca, poza wskazaniem na 64 dni opóźnienia, nie uzasadnił takiego opóźnienia, nie przedstawił wyliczenia kar umownych oraz nie wezwał powoda do ich zapłaty, co stanowi warunek uznania, że roszczenie z tego tytułu jest wymagalne (art. 455 k.c.). Sam fakt naliczenia przez inwestora generalnemu wykonawcy kar umownych nie przesądza o tym, że pozwanemu 1 należą się kary umowne.

Pozwany 1 nie wykazał, że w terminie do końca czerwca 2012 r. powód nie wykonał robót. Kwestia zwłoki w wykonaniu prac nie stanowiła przedmiotu szczegółowych ustaleń. Niezależnie od tego i tak pozwany 1 nie wezwał powoda do zapłaty kar umownych, nie przedstawił ich wyliczenia.

Z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego zarzut potrącenia kwoty 83.200,00 zł nie był uzasadniony.

Sąd I Instancji podzielił natomiast zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 615,00 zł i w kwocie 9.400,32 zł. Wskazał, że kwota 615,00 zł dotyczyła kosztów odbioru przewodów kominowych. Budynek był wyposażony w wentylację mechaniczną. Inwestor zdecydował jednak o konieczności wykonania wentylacji grawitacyjnej. Inspektor nadzoru W C polecił powodowi jej wykonanie. Powód przebił otwory, położył przewody wentylacyjne, które zakończył dachówką systemową. Ponieważ nie było ciągu w wentylacji pozwany 1 zlecił sprawdzenie instalacji R P , kominiarzowi, który stwierdził brak ciągu, a po zdemontowaniu kratki ustalił, że w kilku miejscach nie było połączenia rury z miejscem odległym od kratki, co powodowało, że powietrze nie było odprowadzane z pomieszczenia, lecz między stropem a sufitem; nie były drożne niektóre przewody z uwagi na ich zapchanie. Między dachem a stropem przewody nie miały termoizolacji. W jednym pomieszczeniu był za duży odcinek między kratką wentylacyjną a pionowym przewodem kominowym. R P (kominiarz) wskazał pozwanemu 1 na sposób usunięcia wad wentylacji, a ten ostatni je usunął. R F w dniu 27 lipca 2012 r. wystawił na pozwanego 1 fakturą VAT za odbiór przewodów kominowych w kwocie 615,00 zł (k. 322).

Koszty poniesione przez pozwanego 1 stanowiły w ocenie Sądu szkodę pozostającą w normalnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniu przez powoda wentylacji (art. 471 w zw. z art. 361 § 1 k.c.), a zatem zarzut potrącenia w tej części był zasadny.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że powód nieprawidłowo wykonał ścinki działowe w sanitariatach. Ścianki sanitarne (dzielące sanitariaty) zostały przez powoda wykonane z niewłaściwego materiału, z płyty laminowanej, paździerzowej. Pierwotnie ścianki na zlecenie powoda wykonał ojciec P Ł , a ten ostatni opracował kosztorys dla ojca. I on i jego ojciec informowali powoda, że ściany wiórowe nie nadają się do tych pomieszczeń, ale kierownik robót powoda W H zdecydował, że chce takie ścianki, które są o wiele tańsze niż z płyty HLP. Pozwany 1 wezwał powoda do poprawienia ścianek (przegród i przepierzeń) w pomieszczeniach sanitarnych wykonanych z płyt wiórowych przez zastosowanie ścianek z HLP zgodnie z umową. Ponieważ powód, mimo wezwania, nie dokonał poprawek pozwany powierzył ich wykonanie P Ł

który miał zdemontować i ponownie zamontować ścianki działowe w 3 albo 4 pomieszczeniach sanitarnych. P. Ł. miał zastosować płyty HLP. Prace wykonał na przełomie 2012 i 2013 r. F. Ł. wymienił płyty we wszystkich pomieszczeniach sanitarnych, także w tych, w których nie było pryszniców.

W pomieszczeniach mokrych zdemontowanych i zamontowanych zostało od 9 do 12 ścianek, a w jednym pomieszczeniu 2 albo 3. F. Ł. w dniu 31 stycznia 2013 r. wystawił fakturę nr FV/20/2013 na kwotę 17.200,32 zł (k. 335). Część zapłaconego tej osobie wynagrodzenia pokrył ubezpieczyciel, natomiast co do pozostałej części w wysokości 9.400,32 zł pozwany 1 podniósł skuteczny zarzut potrącenia (art. 471 k.c.).

Zarzuty potrącenia pozostałych wierzytelności Sąd Okręgowy uznał za chybione. Pozwany, poza podniesieniem zarzutu w odpowiedzi na pozew (k. 88-307), w piśmie przygotowawczym z dnia 30 września 2015 r. wskazał jedynie na faktury VAT (k.901-903). I tak, zdaniem Sądu I instancji:

a) co do wierzytelności za wywóz odpadów w kwocie 340,00 zł, to pozwany 1 nie wykazał, że powód nie wywiózł odpadów, co czyni też zarzut bezzasadnym w świetle art. 471 k.c.

b) wierzytelności z tytułu kosztów związanych z robotami dekarскими (10.200,00 zł).

Roboty dekarские nie były objęte umową łączącą strony (§ 1 ust. 1, k. 59-60). Pozwany 1 nie wzywał powoda do uzupełnienia lub poprawienia prac. Nie są one też wymienione w zestawieniu niedoróbek z dnia 11 lipca 2012 r. (k. 254-257). Nie ma tym samym podstaw do uznania, że powód wykonał te roboty nienależycie, a tym samym uwzględnienia zarzutu potrącenia (art. 471 k.c.).

c) wierzytelność z tytułu zabudowy kanałów wentylacyjnych w wysokości 9.215,16 zł.

Zabudowa kanałów wentylacyjnych stanowiła prace dodatkowe. Przedstawiciel pozwanego 1 w obecności przedstawicieli powoda oświadczył w notatce z dnia 27 lipca 2012 r., że powód nie będzie obciążony kosztami obudowy kanałów wentylacyjnych (k. 275-276). Pomijając tę okoliczność pozwany 1 nie wykazał, że powód nienależycie wykonał zobowiązanie w tym zakresie. W konsekwencji zarzut potrącenia był chybiony.

d) wierzytelności z tytułu wynajmu kontenerów (6.399,69 zł), świadectwa energetycznego (861, 00 zł), naprawy orygnowania (322,00 zł), ochrony obiektu (500,00 zł) i sporządzenia dokumentacji powykonawczej (400,00 zł).

Pozwany 1 nie wykazał, że umowa stron obejmowała wykonanie przez powoda tych obowiązków, a tym samym nie może być mowy o ich nienależytym wykonaniu umowy, co wyklucza roszczenia odszkodowawcze.

e) wierzytelność z tytułu dodatkowej opłaty za energię i wodę po przekroczeniu czasu budowy w wysokości 2.362,60 zł.

Powód w świetle łączącej go z pozwanym 1 umowy nie był zobowiązany do ponoszenia kosztów poboru energii i wody. Pozwany 1 zarzucał, że w związku ze zwłoką w wykonaniu przez powoda robót poniósł dodatkowe opłaty z tego tytułu. Pozwany 1 nie wykazał jednak, że poniesione koszty (szkoda) pozostawały w normalnym związku przyczynowym ze zwłoką powoda w wykonaniu robót. Kwestia uchybienia terminowi zakończenia robót nie była przedmiotem szczegółowych ustaleń. Zdaniem Sądu niezależnie od tego rację powód, że na terenie obiektu roboty - także po dniu 30 czerwca 2012 r. - wykonywali inni podwykonawcy pozwanego 1. Ten ostatni nie wykazał, że dodatkowe opłaty były związane tylko ze zwłoką powoda, co wyklucza uznanie zarzutu potrącenia za zasadny.

f) wierzytelność z tytułu kosztów poprawienia poręczy w wysokości 600,00 zł.

Pozwany 1 nie wykazał, że powód wadliwie wykonał poręcze, a ponadto nie wzywał go do poprawienia ich wykonania. Wyklucza to, z powodu braku przesłanki z art. 471 k.c., uznanie, że przysługuje mu wierzytelność z tego tytułu.

g) wierzytelność z tytułu obsługi technicznej (koordynatora i kierownika budowy) w kwocie 7.500,00 zł.

Nie sposób zdaniem Sądu uznać, że koszty związane z zatrudnieniem tych osób mają obciążać powoda, jako podwykonawcę, a zatem zarzut potrącenia jest chybiony.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że podniesiony przez pozwanego 1 zarzut potrącenia był zasadny jedynie w wysokości 10.045,32 zł (615,00 zł plus 9.430,32 zł).

Z żądanej przez powoda kwoty zasadne było natomiast roszczenie stanowiące sumę kwot: 130.000,00 zł, 87.387,68 zł i 24.623,99 zł, a zatem 242.011,67 zł.

W rezultacie roszczenie powoda w kwocie 242.011,99 zł należało pomniejszyć o 10.045,32 zł, co daje kwotę 231.966,67 zł, którą należało zasądzić solidarnie od obu

pozwanych; od pozwanego 1 na podstawie art. 647 k.c., a od pozwanej 2 na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.

Co do odsetek, to od pozwanego 1 Powód o należało je zasądzić od kwoty 119.954,68 zł od dnia 29 czerwca 2012 r. Jest to kwota stanowiąca resztę należności z faktury VAT nr 0012/12/FVS w wysokości 130.000,00 zł, pomniejszona o kwotę 10.045,32 zł z tytułu potrącenia. Odsetki należą się od dnia 29 czerwca 2012 r., a więc od następnego dnia po upływie terminu płatności określonego w fakturze (k. 207) – art. 481 § 1 k.c.

Odsetki od pozostałej kwoty należały się powodowi, stosownie do art. 455 kc w zw. z art. 481 § 1 k.c., od dnia 2 marca 2013 r. Powód wezwał pozwanego 1 do zapłaty należności w kwocie 87.387,68 zł i kwoty 34.498,77 zł w dniu z 16 lutego 2013 r., w terminie 7 dni (k. 288-289). Pozwany 1 otrzymał wezwanie w dniu 20 lutego 2013 r. (k. 290), a zatem termin do zapłaty upływał 1 marca 2013 r. Odsetki należało więc zasądzić od następnego dnia, tj. od 2 marca 2013 r.

Odsetki od pozwanej 2 należało zasądzić od 2 marca 2013 r. Powód wezwał pozwaną 2 do zapłaty należności w kwocie 130.000,00 zł, 87.387,68 zł i kwoty 34.498,77 zł w dniu 16 lutego 2013 r. w terminie 7 dni (k. 286-287). Pozwana 2 otrzymała wezwanie w dniu 20 lutego 2013 r. (k. 290), a zatem termin do zapłaty upływał 1 marca 2013 r.

W pozostałej części powództwo należało oddalić jako bezzasadne.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł stosownie do wyniku sporu (art. 100 zd. 1 w zw. z art. 98 § 1 i 3 i art. 99 k.p.c.), mając na uwadze, że powód wygrał sprawę w 93,84%, a pozwani w 6,16%.

Na koszty poniesione przez powoda, wskazane w spisie kosztów (k. 909), składały się: opłata od pozwu (12.359,00 zł), koszty związane z opinią PZITB (8.896,97 z), koszty dojazdu na rozprawę strony i adwokata (835,80 zł), koszty dojazdu strony i adwokata do Mosiny w związku z oględzinami dokonanymi przez autora opinii (250,94 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda (14.400,00 zł), ogółem 36.742,50 zł.

Sąd zwrócił uwagę, że zgodnie z § 2 ust. 1 taryfy adwokackiej, zasądzając opłatę za czynności adwokata z tytułu zastępstwa prawnego, sąd bierze pod uwagę niezbędny nakład pracy adwokata, a także charakter sprawy i wkład pracy adwokata w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Sprawa była skomplikowana pod względem faktycznym i prawnym, a nakład pracy pełnomocnika powoda był znaczny, o czym świadczy nie tylko liczba i treść pism procesowych opracowanych przez pełnomocnika powoda, ale także jego udział w rozprawach, zadawane świadkom i stronom pytania. Uzasadnia to uwzględnienie

wniosku powoda i przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości podwójnej stawki minimalnej wynoszącej 7.200,00 zł.

Biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy powodowi należały się koszty procesu w wysokości 34.479,16 zł (93,84 % z kwoty 36.742,50 zł).

Na koszty procesu poniesione przez pozwanego 1 składały się wydatki związane ze stawiennictwem świadków, ogółem w kwocie 989,18 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie adwokackiej (7.200,00 zł) i opłata skarbową od pełnomocnictwa (17,00 zł), ogółem 8.206,18 zł. Biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy powodowi należały się koszty procesu w wysokości 505,50 zł (6,16% z 8.206,18 zł).

Koszty procesu poniesione przez pozwaną 2 ograniczały się do wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie radcowskiej, tj. 7.200,00 zł, a biorąc pod uwagę stopień wygrania sprawy - 443,52 zł.

W rezultacie w ocenie Sądu należało z tytułu kosztów procesu zasądzić solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 33.976,66 zł, a ponadto od pozwanej 2 dalszą kwotę 58,98 zł, stanowiącej różnicę między zasądzoną od obu pozwanych kwotą a kosztami należnymi od pozwanej (34.035,64 zł).

Apelację od powyższego wyroku wnieśli zarówno pozwany M . P. , jak i pozwana Gmina Mosina.

Powyższemu wyrokowi pozwany M P zarzucił naruszenie:

1. przepisów prawa materialnego, w szczególności:

a. naruszenie art. 640 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c. przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, które w efekcie doprowadziło do bezzasadnego stwierdzenia, że w przypadku umowy o roboty budowlane możliwe jest stosowanie przez analogię dyspozycji art. 640 k.c. przez umożliwienie odstąpienia od umowy o roboty budowlane w sytuacji braku współdziałania strony przy wykonywaniu umowy,

b. naruszenie art. 109 § 2 k.p.c. w związku z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez przyznanie pełnomocnikowi powoda kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości, podczas gdy nie było przesłanek do ich podwyższenia,

2. przepisów prawa procesowego, w szczególności:

a. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie przez Sąd Okręgowy zasady swobodnej oceny dowodów, dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym między innymi:

- stwierdzenie, że w danych okolicznościach sprawy nie doszło do skutecznego potrącenia przez moją osobę wierzytelności z wierzytelnościami dochodzonymi przez powoda,

- błędnym ustaleniu prawidłowości i terminowości wykonania zadań przez powoda, wynikających z zawartej między mną a powodem umowy,

- błędnym ustaleniu, iż powód wykazał co do zasady i wysokości dochodzonych roszczeń z tytułu robót faktycznie wykonanych i robót dodatkowych, podczas gdy wykazane zostało wykonanie robót jedynie w części, a nadto w sposób nierzetelny i potrzebujący poprawek,

b. naruszenie art. 232 § 1 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 3 k.p.c. przez przekroczenie przez Sąd Okręgowy zasady kontrydiktoryjności postępowania cywilnego ze względu na bezzasadne powołanie z urzędu dowodu z opinii biegłego celem ustalenia, czy powód wykonał roboty dodatkowe opisane w kosztorysie, a jeśli tak to ustalenie ich wartości,

c. naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. przez dopuszczenie przez Sąd Okręgowy nowych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda, które winny zostać zgłoszone przez powoda już w pozwie i które obarczane były prekluzją dowodową.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Z kolei pozwana Gmina Mosina zaskarżyła wyrok w części tj. pkt I i III.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania:

a. art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów, dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności poprzez:

- ustalenie, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do skutecznego potrącenia przez pozwanego ad 1 wierzytelności z wierzytelnością dochodzona przez powoda

- błędne ustalenie, iż powód w sposób prawidłowy i terminowy wykonał zadania objęte umową zawartą z głównym wykonawcą tj. z pozwanym ad 1

- błędne ustalenie, iż powód wykazał co do zasady i co do wysokości dochodzone roszczenie z tytułu robót faktycznie wykonanych i robót dodatkowych, podczas gdy opinia biegłego sądowego jasno wskazywała na 80% stan zaawansowania wykonanych robót opisanych na k. 203 - 206,

b. art. 232 § 1 kpc w zw. z art. 278 § 1 kpc w zw. z art. 3 kpc poprzez przekroczenie przez Sąd I instancji zasady kontradyktoryjności postępowania cywilnego, polegające na bezzasadnym powołaniu z urzędu dowodu z opinii biegłego celem ustalenia, czy powód wykonał roboty dodatkowe opisane w kosztorysie na k. 159 - 163 akt, a jeśli tak, to ustalenie ich wartości,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a. polegające na zastosowaniu *per analogiam* art.640 kc, to jest, że jest możliwe odstąpienie od umowy o roboty budowlane z przyczyny braku współdziałania strony przy wykonaniu umowy,

b. art. 109 § 2 kpc w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu poprzez przyznanie pełnomocnikowi powoda kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości, podczas gdy brak było przesłanek do podwyższenia tychże kosztów.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o:
- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia Sądowi I instancji przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej stawce.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:

Obie apelacje nie były uzasadnione.

Z uwagi na to, że zarzuty obu apelacji był zbieżne, a w istocie tożsame, będą one omówione zbiorczo.

Na wstępie jednak należy podkreślić, że w aktualnie obowiązującym modelu postępowania apelacyjnego sąd drugiej instancji, wskutek zaskarżenia apelacją wyroku sądu pierwszej instancji, rozpoznaje sprawę merytorycznie w granicach zaskarżenia. Dokonuje własnych ustaleń faktycznych prowadząc lub ponawiając dowody albo poprzestając na zaaprobowanym materiale zebranym w pierwszej instancji, kontroluje prawidłowość postępowania przed sądem pierwszej instancji, pozostając związany zarzutami procesowymi przedstawionymi w apelacji, jeżeli są dopuszczalne, ale biorąc z urzędu pod uwagę nieważność postępowania, stosuje przepisy regulujące postępowanie apelacyjne oraz, gdy brak takich przepisów, odpowiednio przepisy dotyczące postępowania przed sądem pierwszej instancji. Sąd odwoławczy samodzielnie ustala podstawę materialnoprawną orzeczenia niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji, orzeka co do istoty sprawy stosownie do wyników postępowania, nie wykraczając poza wnioski zawarte w apelacji i nie naruszając zakazu *reformationis in peius* oraz rozstrzyga o kosztach postępowania (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r. III CZP 49/07- zasady prawnej, OSNC 2008, Nr 6, poz. 55).

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne, co czyni zbędnym ich ponowne przytaczanie. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2014r. I CSK 628/13 LEX nr 1554252, uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2016r. III CSK 210/15, *Legalis numer 1444982*).

Podobnie Sąd Apelacyjny podziela dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz ocenę prawną prawidłowo ustalonego stanu faktycznego – za wyjątkiem uznania możliwości zastosowania w drodze analogii art. 640 kc do umowy o roboty budowlane, o czym niżej w związku z omówieniem zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów apelacji, w pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia art. 232 kpc w zw. z art. 278§1 kpc, które – zdaniem skarżących – miało polegać na „bezzasadnym powołaniu z urzędu dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy powód wykonał roboty dodatkowe. Z tym wiązał się zarzut naruszenia art. 207§6 kpc mający polegać na dopuszczeniu wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda z naruszeniem zasad prekluzji dowodowej.

Rzeczywiście co do zasady zgodnie z art. 6 kc, ciężar udowodnienia danego faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zasadniczym skutkiem nałożenia na powoda ciężaru dowodu faktów decydujących o rozstrzygnięciu, jest oddalenie powództwa, gdy w sprawie do ustalenia tych faktów nie dojdzie. Konsekwencją spoczywania na powodzie ciężaru dowodu wskazanych faktów – ze skutkiem w postaci oddalenia powództwa w razie nie sprostania

ciężarowi dowodu – jest powinność zgłoszenia przez niego dotyczących tych faktów dowodów (art. 232 zdanie pierwsze kpc).

W niniejszej sprawie – jak słusznie zwrócił uwagę powód w odpowiedzi na apelację – wniosek o powołanie biegłego zgłoszony jednak został już w pozwie, a jedynie jego doprecyzowanie nastąpiło w piśmie procesowym stanowiącym replikę na odpowiedź na pozew. Tym samym nie można czynić Sądowi skutecznego zarzutu, że dopuścił dowód bez inicjatywy dowodowej strony powodowej, czy też z naruszeniem prekluzji dowodowej.

Niezależnie od tego skarżący pomijają treść art.232 zdanie drugie kpc, zgodnie z którym Sąd może również dopuścić w tym zakresie dowody z urzędu. W ugruntowanym już orzecznictwie Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, podkreśla się, że nie można czynić sądowi zarzutu, iż skorzystał ze swojego uprawnienia wynikającego z art. 232 zdanie 2 kpc i dopuścił z urzędu dowód z opinii biegłego sądowego, jeżeli merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, zastosowanie przez sąd art. 232 zdanie drugie kpc może nawet stać się obowiązkiem sądu. Jeżeli fakt istotny dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga bowiem wiadomości specjalnych, a te zapewnia wyłącznie opinia biegłego, sąd nie może uchylić się od obowiązku przeprowadzenia takiego dowodu. W braku wniosku pochodzącego od strony, dowód taki Sąd powinien był przeprowadzić z urzędu. Nie powinno budzić przy tym wątpliwości, że wyjątkowość przypadku w rozumieniu art.232 zdanie drugie kpc wyraża się właśnie w tym, że dany fakt mający zasadnicze znaczenie można ustalić wyłącznie za pomocą dowodu z opinii biegłego. (por. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 9 marca 2016 r. II CSK 248/15 i tam powołane orzecznictwo, *Legalis* 1446225).

Reasumując, zarzuty skarżących odnoszące się do naruszenia art. 232 kpc w zw. z art. 278§1 kpc, orz art. 207§6 kpc należało uznać za chybione.

Co do zarzutu naruszenia art. 233§1 kpc to odnosił się on do przekroczenia przez Sąd Okręgowy zasady swobodnej oceny dowodów i dowolnej ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, co miało skutkować poczynieniem błędnych ustaleń faktycznych odnośnie:

- braku skutecznego potrącenia wierzytelności z wierzytelnościami dochodzonymi przez powoda,
- prawidłowości i terminowości wykonania zadań przez powoda,

- wykazania przez powoda co do zasady i wysokości dochodzonych roszczeń z tytułu robót faktycznie wykonanych i robót dodatkowych, zważywszy, że opinia biegłego wskazywał na 80% stan zaawansowania wykonanych robót.

Wyjaśnić należy, że zgodnie z wyrażoną w art. 233 kpc zasadą swobodnej oceny dowodów, Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a zatem z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności.

Przewidziane w art. 233 §1 kpc kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów mogą być przedmiotem kontroli odwoławczej, jednak powołanie się na naruszenie cytowanego przepisu nie może polegać jedynie na przedstawieniu odmiennego stanu faktycznego ustalonego na podstawie własnej oceny dowodów. Skarżący może tylko wykazywać, że sąd pierwszej instancji rażąco naruszył ustanowione w powołanym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów, a w konsekwencji naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie zebranego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Jedynie w przypadku, gdy brak jest logiki w powiązaniu wnioskowania z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo - wbrew zasadom doświadczenia życiowego - nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to przeprowadzona ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998r. III CKN 4/98 *LEX nr 50231*, PiM 1999/3/135, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 2000r. III CKN 842/98, *LEX nr 51357*, wyrok Sadu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000r. I CKN 1169/99, *Legalis 46747* wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002r. II CKN 817/00, *Legalis 59468*, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002r. IV CKN 1316/00, *Legalis 278351*).

Trzeba podkreślić, że postawienie takiego zarzutu, aby mógł on być uznany za uzasadniony, wymagało od skarżącego wykazania konkretnych uchybień, jakich miałyby dopuścić się Sąd I instancji w toku gromadzenia, bądź oceny materiału dowodowego oraz wpływu tych uchybień na treść poczynionych ustaleń.

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności należało zwrócić uwagę na konsekwencje, jakie wynikały z bezspornego ustalenia, iż strony: powód i

pozwany M. P. umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe wynoszące 650.000,-zł.

Podkreślić przy tym należy, że brak regulacji wynagrodzenia ryczałtowego w przepisach dotyczących umowy o roboty budowlane – czy też z mocy odesłania zawartego w art.658 k.c. umowy o wykonanie remontu budynku – nie oznacza, że strony w ramach swobody umów nie mogą uzgodnić takiego właśnie wynagrodzenia. W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 647 i następne k.c., strony mogą bowiem określić wynagrodzenie za wykonane roboty jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art.632§1 k.c., jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia. (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r. II CSK 389/14 LEX nr 1657595)

Z kolei konsekwencją ustalenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że podstawą rozliczenia wypłaconego wynagrodzenia nie może być kosztorys. W przypadku ustania stosunku umownego przed wykonaniem całości uzgodnionego zakresu robót wykonawca jest uprawniony do żądania wynagrodzenia ustalonego w odpowiedniej proporcji do wynagrodzenia umownego, nie zaś ustalanego na podstawie kosztorysu (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 463/15, *Legalis* 1398653).

Innymi słowy, „w razie niewykonania przez przyjmującego zlecenie wszystkich robót, za które w umowie określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, podlega ono proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części, co nie przekreśla ryczałtowego charakteru tego wynagrodzenia”. (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 marca 2015r. II CSK 389/14, *Legalis* 1231751).

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy należało zatem ustalić, jaki procent robót wykonał powód w stosunku do objętych przedmiotową umową i w zależności od tych ustaleń określić wysokość przysługującego mu wynagrodzenia.

Na marginesie Sąd Apelacyjny nie podziela stanowczego stanowiska Sądu I instancji odnośnie „niepodzielności” świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o roboty budowlane. Podkreślenia bowiem wymaga, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego, nie wypracowano jednolitego stanowisko w zakresie oceny, czy świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane ma charakter podzielny (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2006 r. III CSK 11/06, *Legalis* 124557, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004r. IV CK 172/03, OSNC 2005,

nr 3 poz.56), czy niepodzielny (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002r., IV CKN 821/00, *Legalis* 65083).

Ocena charakteru świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane winna uwzględniać całokształt okoliczności sprawy. O tym, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielnie, czy też niepodzielnie w rozumieniu art. 491 § 2 w związku z art. 379 § 2 KC, przede wszystkim decydują postanowienia umowy interpretowane zgodnie art. 65 § 2 kc (por. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 4 czerwca 2009 r. III CSK 337/08, *Legalis* 265784, także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2016r. V CSK 631/15, *Legalis* 1508194)

Okoliczności niniejszej sprawy prowadzą do wniosku, że świadczenie powoda - w odniesieniu do szeroko rozumianych robót drogowych - było podzielne w stosunku do całości przedmiotu umowy. Wynika to z odrębności technicznej i technologicznej tych robót w odniesieniu do całego przedmiotu umowy. Do takich wniosków Sąd I instancji w istocie doszedł, podkreślając, że „z uwagi na odrębność techniczną i technologiczną roboty drogowe stanowiły odrębne świadczenie od pozostałych wymienionych w umowie prac”.

W tym kontekście, uznając, iż świadczenie powoda wynikające z zawartej z pozwanym M... umowy miało charakter podzielny za trafny należało uznać zarzut naruszenia prawa materialnego: art. 640 kc w zw. z art. 656§1 kc polegający na błędnym zastosowaniu tej regulacji do ustalonego w sprawie stanu faktycznego .

Zgodnie z tym ostatnim przepisem „do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło”.

Z przepisu powyższego nie wynika, aby zawierał on odesłanie do art.640 kc regulującego możliwość odstąpienia od umowy przez przyjmującego zamówienie z uwagi na brak współdziałania przez zamawiającego. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie było także uzasadnione, aby stosować to odesłanie w drodze analogii.

Trafność zarzutu naruszenia art. 656§1 kc w zw. z art. 640 kc nie prowadziła jednak do skutecznego podważenia prawidłowości konkluzji Sądu I Instancji o możliwości odstąpienia przez powoda od części umowy obejmującej roboty drogowe. Skoro bowiem świadczenie mające polegać na wykonaniu robót drogowych - w stosunku do całości przedmiotu umowy - miało charakter odrębny, kwalifikujący do uznania w tym zakresie świadczenia za podzielnego, zaś z poczynionych w oparciu o opinię

biegłego ustaleń wynikało, że „między dokumentacją projektową a wyceną kosztorysową robót drogowych zawartą w kosztorysie ofertowym istniała rozbieżność polegająca na tym, że zakres prac określony w wycenie kosztorysowej nie korespondował w żaden sposób z zakresem tych stosownego projektu”, to trafnie uznał Sąd Okręgowy, iż złożone przez powoda w dniu 10 maja 2012r. (k.185- 186) oświadczenie o odstąpieniu od umowy w zakresie robót drogowych i parkingu było skuteczne, jednak nie na podstawie art. 640 kc w zw. z art. 656§1 kc, ale w oparciu o art.491§2 kc w zw. z art. 379§2 kc. (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 r. V CSK 720/14, *Legalis* 1361502, Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu - I Wydział Cywilny z dnia 5 lipca 2013 r. I ACa 659/13, *Legalis* 999410).

Art491§ 2 kc stanowi bowiem, że „jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłóce.”

Z prawidłowych ustaleń Sądu I Instancji wynika, że wprawdzie przekazane powodowi rysunki drogi (k. 166-172), jako uzupełnienie i modyfikacja projektu budowlanego, były prawidłowe w zakresie technologii wykonania robót drogowych, a więc było możliwe na ich podstawie wykonanie drogi na terenie OSiR, lecz nie w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej, która była niespójna wewnętrznie (rozbieżności pomiędzy załącznikiem numer 1 - wycena kosztorysowa składająca się na ustalony ryczałt a załącznikiem numer 2 w postaci dokumentacji projektowej).

W istocie zatem wykonywanie robót drogowych przez powoda w oparciu o dostarczone rysunki prowadziłyby nie tyle do wykonania zawartej umowy, co prowadziłyby do wykonania innego przedmiotu świadczenia, a więc zawarcia innej umowy. W piśmie dnia 26 kwietnia 2012 r. powód podkreślił wycofanie się przez pozwanego M. P. z wykonania dróg i parkingów w zakresie określonym w załączniku numer 1 do umowy (pozycje 138 - 142, k.83) oraz zlecenie w tym zakresie robót zamiennych i wezwał go do przekazania zaktualizowanego projektu budowlanego dotyczącego tych robót w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy (k. 185).

Brak dostarczenia poprawnej dokumentacji dotyczącej robót drogowych należało zakwalifikować jako zwłokę po stronie pozwanej, co z kolei - jak trafnie przyjął Sąd Okręgowy - uprawniało powoda do odstąpienia od tej części umowy. To wiązało się zaś z ustaleniem procentu wykonanych przez powoda prac w stosunku do przedmiotu umowy i umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Umówiony ryczałt wynosił 650.000,-zł. Bezspornym jest, że z tytułu płatności faktury VAT nr 004/12/FVS (k.195) powód otrzymał od pozwanego ad.2) kwotę 88.743,18 zł brutto, obejmującą roboty wykonane do dnia 15 marca 2012r. (vide: uzasadnienie pozwu k.7).

W dniu 29 maja 2012r. powód wystawił fakturę (k.207) na kwotę 255.896,51 zł, obejmującą należność za roboty wykonane od dnia 15 marca 2012r. do 23 maja 2012r., potwierdzone protokołem odbioru (k.203-206) z czego pozwany zapłacił 125.896,51 zł . Powód domagał się zasądzenia różnicy, to jest kwoty 130.000,-zł. Oprócz tego zgłosił roszczenie o zapłatę kwoty 87.387,68 zł za faktycznie wykonane roboty objęte umową, a nie objęte protokołem odbioru (20%) i zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe nie objęte umową (obejmujące roboty posadzkowe - skucie posadzki, położenie izolacji - folia i styropian, oraz położenie płytek, a także wykonanie wentylacji grawitacyjnej) w wysokości 29.781,19 zł.

Z umowy wynika, że wartość niewykonanych robót drogowych w stosunku do ryczałtu wynosiła (k.83 poz.138-142) 105.556,54 zł netto, 129.834,54 zł brutto. Różnica pomiędzy kwotą 650.000,-zł (wynagrodzenie ryczałtowe) a 129.834,54 zł wynosi 520.165,46 zł.

Od tej kwoty należało odjąć uprzednio wypłacone wynagrodzenie w wysokości 88.743,18 zł, co daje różnicę 431.422,28 zł.

Z niekwestionowanych przez skarżących ustaleń Sądu Okręgowego wynika, iż powód wykonał co najmniej 80% umówionych prac w okresie od 15 marca 2012r. do dnia odbioru (z wyłączeniem robót drogowych). Potwierdzał to protokół odbioru (k.203 - 204) oraz opinia Ośrodka Rzeczoznawstwa i Inżynierii Procesów Budowlanych Oddziału Warszawskiego Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa. (k.734-767). W istocie zresztą zarzuty apelacji koncentrowały się nie tyle na podważeniu wykonania 80% umówionych robót - z wyłączeniem robót drogowych - ile na wykazaniu, iż powód nie wykonał pozostałych 20% robót, a zatem nie przysługiwało mu dalsze roszczenie o zapłatę kwoty 87.387,68 zł (vide: uzasadnienie apelacji pozwanego ad.1) k.1010, uzasadnienie apelacji pozwanego ad.2) k.986).

Iloczyn 431.422,28 zł i 80% wynosi 345.137,82 zł. Tyle też w ocenie Sąd Apelacyjny winno wynosić obniżone wynagrodzenie ryczałtowe powoda z faktury VAT z dnia 19 maja 2012r. (k.207) , przy uwzględnieniu odjęcia robót drogowych oraz założeniu, że powód wykonał jedynie 80% pozostałych umówionych prac.

Powód na poczet tej należności otrzymał 125.896,51 zł, oprócz tego Sąd I instancji zasądził dodatkowo kwotę 207.342,68 zł (bez robót dodatkowych: 231.966,67 zł - 24.623,99 zł) co daje sumę 333.239,19 zł , a więc mniej niż bezsporne 80% ryczałtu,

nawet przy uwzględnieniu potrąconych kwot 615,-zł i 9.400,99 zł (333.239,19 zł +615,- zł i 9.400,99 zł = 343.254,51 zł).

W tej sytuacji zarzuty skarżących odnoszące się do tego, że z opinii biegłego nie wynika, aby powód wykonał prace w większym rozmiarze, aniżeli w 80% stanu zaawansowania robót opisanych na karcie 203-306 były chybione o tyle, że nawet przy założeniu wykonania jedynie 80% robót objętych protokołem odbioru z 23 maja 2012r (k.204-205) Sąd I instancji prawidłowo uznał zasadność roszczenia odnoszącego się do kwoty 87.387,68 zł.

Niezależnie od tego, zgodzić się jednak należało z Sądem I instancji, że fakt wykonania robót ponad określone w protokole odbioru 80% - z wyłączeniem robót wykończeniowych i całości robót drogowych- wynikał nie tylko z zeznań powoda i jego świadków, ale także z zeznań kierownika budowy K W (k.504, 04:17:36 - 04:18:12) oraz zeznań inspektora nadzoru F C (k.498- 03.03.51 - 03.05.35). Wynika z nich, że pomimo, iż w protokole jest mowa o 80%, to stopień zaawansowania był wyższy, w niektórych pozycjach wynosił 100%.

Podkreślić jednak należy, że żądanie powoda było uzasadnione w zasadzonej kwocie nawet jeżeli przyjąć, iż stopień zaawansowania prac za okres od dnia 15 marca 2012r. wynosił 80%, co wskazano powyżej.

Apelacje nie podważały także ustaleń Sądu I instancji odnośnie wykonania przez powoda robót dodatkowych, nie objętych umową (roboty posadzkowe - skucie posadzki, położenie izolacji - folia i styropian, oraz położenie płytek, a także wykonanie wentylacji grawitacyjnej) - których wycena dokonana została przez Sąd Okręgowy w oparciu o opinię biegłego na kwotę 24.623,99 zł. Jedynie pozwany M P podnosił, iż w odniesieniu do robót dodatkowych ich zakres był uzgadniany wyłącznie z inspektorem nadzoru R C zatrudnionym przez pozwanego, a nie z nim jako generalnym wykonawcą (vide: uzasadnienie apelacji k.1010). Niemniej jednak fakt wykonania tych prac nie był skutecznie zakwestionowany.

Poza tym - jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń - zakres robót dodatkowych był uzgadniany nie tylko z inspektorem nadzoru R C ale także „problem robót dodatkowych był poruszany także na radach budowy. Pozwani 1 i 2 wiedzieli o robotach dodatkowych i akceptowali konieczność ich wykonania” (vide strona 46 uzasadnienia; zeznania świadka R C k.499, 03:11:15 - 03:11:41, 03:28:32 - 03:29:40, korespondencja mailowa k.142- 164).

W konsekwencji należało uznać, że prawidłowo także Sąd Okręgowy zasądził wynagrodzenie za uzgodnione roboty dodatkowe - nie objęte pierwotną umową - w oparciu o 647 kc i art. 647¹ § 5 kc.

Reasumując Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów skarżących odnośnie naruszenia art. 233§1 kpc w zakresie, w jakim kwestionowali prawidłowość i terminowość wykonania zadań przez powoda, czy też wykazanie roszczeń z tytułu robót faktycznie wykonanych i robót dodatkowych.

Sąd Apelacyjny podziela przy tym w całości i przyjmuje za własne rozważania Sądu I Instancji odnośnie braku skuteczności - w przeważającej większości - podniesionego przez pozwanego ad.1 zarzutu potrącenia. Apelacje w istocie nie sprecyzowały, na czym w tym zakresie miało polegać uchybienie Sądu Okręgowego w kontekście podniesionego zarzutu naruszenia art. 233§1 kpc.

Sąd Okręgowy prawidłowo uznał brak podstaw uwzględnienia zarzutu potrącenia kwoty 202.104,99 zł związanej z wydatkami poniesionymi na wykonanie robót drogowych przez innego wykonawcę. Przede wszystkim ustalenie przez strony ryczałtowego wynagrodzenia determinowało to, że pozwany mógł jedynie domagać się obniżenia tego wynagrodzenia o tę kwotę, która odpowiadała ustalonej w umowie wartości robót drogowych, których powód nie wykonał, czyli 129.834,54 zł brutto. Tak też w niniejszej sprawie było. Słusznie przy tym zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że w istocie nie sposób ustalić relacji między zakresem wykonanych przez A M robót drogowych a tymi, które miał wykonać powód. Zważywszy, że wykonał on roboty w oparciu o sporządzone przez L N rysunki, zaś ich zakres nie korespondował z zakresem wynikającym z załącznika nr 1 do umowy, to należało uznać, iż w istocie wykonane zastępczo roboty drogowe nie były tymi samymi, co do których powód odstąpił od umowy. Stanowiły one nowy przedmiot świadczenia, którego wartość nie może być relatywizowana do przedmiotu umowy z powodem. Zakres prac określony w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, był niepełny i niezgodny z technologią wykonania robót drogowych. Słusznie zatem zwrócił uwagę Sąd I instancji, iż nie można wykluczyć sytuacji, w której, gdyby od początku zakres prac został uzgodniony prawidłowo, to wynagrodzenie powoda za roboty drogowe byłoby zbliżone do tego, które zapłacił pozwany wykonawcy, który te prace ostatecznie wykonał. Poza tym należy podkreślić, że powód wykazał podstawy do odstąpienia od umowy w zakresie wykonania robót drogowych, a tylko w przypadku uznania, iż takowych podstaw nie miał i wykazania przez pozwanego poniesionych wydatków na dokończenie robót pierwotnie umówionych - podniesiony zarzut potrącenia możnaby uznać za skuteczny. Takich przesłanek strona pozwana nie wykazała (art. 6 kc).

Co do nieuwzględnienia zarzutu potrącenia kwoty 107.588,00 zł z tytułu wykonania robót wykończeniowych przez G. S., to trafnie wskazał Sąd Okręgowy, iż zapłata tej należności przez pozwanego M. P. nie jest jednoznaczna z powstaniem wierzytelności zdatnej do potrącenia.

Po pierwsze – podobnie jak w przypadku robót drogowych – ryczałt został obniżony o wartość 20% robót wykończeniowych. Po wtóre, pozwany musiałby wykazać, że zakres prac wykonanych przez G. S. albo pokrywał się z tymi pracami, których powód w ramach 20% nie wykonał i jaka była ich wartość, zaś ewentualnie nadwyżka ponad umówioną kwotę wynagrodzenia z powodów stanowiłaby szkodę doznaną przez pozwanego, a po wtóre – jeżeli G. S. wykonywał prace poprawkowe, których powód nie wykonał, a do których był zobowiązany – to także w tym zakresie na pozwanym spoczywał ciężar dowodu (art. 6 kc). Słusznie zauważył Sąd Okręgowy, że z zawartej między pozwanym 1 i G. S. w dniu 18 lipca 2012 r. umowy (k. 336-338) nie wynika to jasno. Zakres robót wykonanych przez G. S., określony w załączniku do umowy (k. 339), nie pozwala na jednoznaczne ustalenie związku przyczynowego między naruszeniem przez powoda zobowiązania (niedokończeniem prac wykończeniowych lub wykonania ich za wadami) a poniesioną przez powoda szkodą.

Reasumując, ograniczenie się do dołączenia do odpowiedzi na pozew umowy zawartej z G. S. oraz wykazania faktu zapłaty mu wynagrodzenia nie można było uznać za wystarczające do wykazania szkody doznanej na skutek braku dokończenia robót wykończeniowych lub ich wadliwości (art. 471 kc w zw. z art. 6 kc).

Trafnie przy tym Sąd I instancji zwrócił uwagę na zasadniczą różnicę między wysokością wynagrodzenia G. S. określoną w umowie na kwotę 107.588,00 zł, a wynagrodzeniem za całe roboty wykończeniowe, które miał otrzymać powód (36.977,18 zł, k. 206). W świetle zasad doświadczenia życiowego budzi wątpliwości fakt, ażeby szkoda poniesiona przez pozwanego ad. 1 przekraczała prawie trzykrotnie wartość wszystkich robót wykończeniowych, które miał wykonać powód.

Reasumując, zgodzić należało się z Sądem Okręgowym, iż „skoro nie było możliwe ustalenie normalnego związku przyczynowego między naruszeniem zobowiązania przez powoda a poniesioną przez pozwanego ad.1 szkodą, zarzut potrącenia z wierzytelnościami powoda wierzytelności w kwocie 107.588,00 zł należało uznać za bezzasadny.

Sąd I Instancji prawidłowo także ocenił zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych w kwocie 83.200,00 zł. Przede wszystkim słusznie zauważył, że pozwany nie wezwał powoda do uiszczenia tej kary, zaś wymagalność wierzytelności z tytułu

kar umownych powstaje dopiero z chwilą skierowania stosownego wezwania do zapłaty. Innymi słowy dla skuteczności potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia nie został zastrzeżony, konieczne jest wezwanie dłużnika do zapłaty tej kary stosownie do art. 455 kc. Jeżeli bowiem termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie - w tym wypadku kara umowna powinno być spełnione po wezwaniu dłużnika do wykonania. Wezwaniem takim nie może być złożone oświadczenie o potrąceniu. (por. także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014r. III CZP 76/14 OSNC 2015 nr 7-8, poz. 86).

Dodatkowo należy podkreślić, że pozwany M: P wywodził swoje roszczenie o zapłatę kar umownych z faktu naliczenia mu kar przez Gminę Mosina za okres 64 dni, podczas gdy z jednoznacznych zeznań S R zastępca burmistrza Gminy Mosina wynika, że kary umowne nie były potrącone z wynagrodzenia głównego wykonawcy (k.591v, 00:32:26). Słusznie także zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że generalny wykonawca - poza wskazaniem 64 dni opóźnienia, nie uzasadnił takiego opóźnienia, nie przedstawił wyliczenia kar umownych.

Sąd Apelacyjny podziela także i przyjmuje za własne rozważania Sądu I instancji odnośnie pozostałych wierzytelności przedstawionych do potrącenia, w szczególności odnoszące się do tych, które nie zostały uwzględnione:

- a) wierzytelności za wywóz odpadów w kwocie 340,00 zł,
- b) wierzytelności z tytułu kosztów związanych z robotami dekarскими - 10.200,00 zł,
- c) wierzytelność z tytułu zabudowy kanałów wentylacyjnych w wysokości 9.215,16 zł.
- d) wierzytelności z tytułu wynajmu kontenerów- 6.399,69 zł, świadectwa energetycznego - 861, 00 zł, naprawy orynowania 322,00 zł, ochrony obiektu 500,00 zł i sporządzenia dokumentacji powykonawczej 400,00 zł,
- e) wierzytelność z tytułu dodatkowej opłaty za energię i wodę po przekroczeniu czasu budowy w wysokości 2.362,60 zł.
- f) wierzytelność z tytułu kosztów poprawienia poręczy w wysokości 600,00 zł.
- g) wierzytelność z tytułu obsługi technicznej (koordynatora i kierownika budowy) w kwocie 7.500,00 zł.

W tym zakresie apelacje nie zawierają żadnych zarzutów - poza ogólnikowym zarzutem nieuwzględnienia zarzutu potrącenia - które podważałyby prawidłowość ustaleń i wniosków Sądu I instancji.

Reasumując, także w tym zakresie Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu naruszenia art. 233§1 kpc.

Nie był także trafny zarzut naruszenia przepisów o kosztach procesu w odniesieniu do zastosowanej przez Sąd Okręgowy podwójnej stawki wynagrodzenia pełnomocnika. Słusznie bowiem zwrócił uwagę Sąd na wielowątkowy, długotrwały i skomplikowany charakter sprawy oraz nakład pracy pełnomocnika uczestniczącego aktywnie w rozprawach i składającego szereg pism procesowych, co uzasadniało przyznanie zwiększonego wynagrodzenia (§2 ust.1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, t.jedn. Dz.U 2013r., poz.461).

Z tych też względów Sąd Apelacyjny na podstawie wyżej cytowanych przepisów oraz art. 385 kpc oddalił apelację.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie wyrażonej w art. 98 kpc zasadzie odpowiedzialności za wynik postępowania. Skoro apelacja została oddalona, na rzecz powoda należał zasądzić koszty postępowania obejmujące koszty zastępstwa procesowego oraz koszty stawiennictwa na rozprawie. Wysokość tych pierwszych kosztów ustalona została w oparciu o obowiązujące w chwili wniesienia apelacji przepisy Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U poz.1804) - w brzmieniu przed ich nowelizacją obowiązującą od 27 października 2016r. Zgodnie z § 8 pkt.7 w zw. z §16 ust.1 pkt.2 cytowanego Rozporządzenia - przy uwzględnieniu wartości przedmiotu zaskarżenia wynoszącego ponad 200.000,-zł - wysokość tych kosztów wynosiła 10.800,-zł. Do tego dochodziła kwota 366,79 zł z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę (430 km x 0,8358 zł - § 2 ust.1 pkt.b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, w brzmieniu nadanym Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 23 października 2007r. - Dz.U nr 201 poz.1462).



Z upoważnienia
Kierownika Sekretariatu
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Magdalena Tobiasz - Ignatowicz