

Sygnatura akt I C 1211/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Konin, dnia 19-09-2018 r.

Sąd Okręgowy w Koninie Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Krzyżak

Protokolant: st.sekr.sąd. Dorota Wróbel

po rozpoznaniu w dniu 05-09-2018 r. w Koninie

z powództwa (...) spółki z o.o. w L.

przeciwko **Skarbowi Państwa - Jednostka Wojskowa nr (...) w P.**

o zapłatę

z powództwa wzajemnego Skarbu Państwa - Jednostka Wojskowa nr (...) w P.

przeciwko pozwanemu wzajemnemu (...) spółce z o.o. w L.

o zapłatę

1. Zasądza od pozwanego Skarbu Państwa - Jednostka Wojskowa nr (...) w P. na rzecz powoda (...) spółki z o.o. w L. kwotę 42.188,14 zł (czterdzieści dwa tysiące sto osiemdziesiąt osiem złotych czternaście groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 10.10.2015 roku do 31.12.2015 roku, a następnie od dnia 1.01.2016 roku z ustawowymi odsetkami za opóźnienie do dnia zapłaty.
2. Oddala powództwo w pozostałym zakresie.
3. Znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego.
4. Zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.924 zł tytułem kosztów procesu.
5. Nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Koninie) kwotę 509,80 zł nieuiszczonych kosztów sądowych.
6. Oddala w całości powództwo wzajemne.
7. Zasądza od powoda wzajemnego Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr (...) w P. na rzecz pozwanego wzajemnego (...) spółki z o.o. w L. kwotę 7.217 zł kosztów zastępstwa procesowego.

Małgorzata Krzyżak

Sygn. akt I C 1211/15

UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w L. wystąpił przeciwko pozwanemu Skarbowi Państwa Jednostce Wojskowej nr (...) w P. o zapłatę kwoty 87.140.26 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 10.10.2015 r. do dnia zapłaty i

o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w kwocie 3.617 zł. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 26.06.2015 r. strony zawarły umowę na wykonanie ogrodzenia w Kompleksie (...). Prace zostały zakończone w terminie, doszło do końcowego odbioru robót w związku z czym powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 491.114,26 zł. Pozwany jednak zgłosił uwagi, co do zakresu i jakości wykonanych przez powoda prac. Powód zgodnie z uwagami pozwanego wystawił dwie faktury korygujące o nr 15- (...) i 15- (...), modyfikując swoje wynagrodzenie za wykonane prace do bezspornej między stronami kwoty 385.749,46 zł. Sporna część wynagrodzenia za wykonane prace została przeniesiona do odrębnej faktury VAT nr (...), którą powód dochodzi w odrębnym procesie przed Sądem Rejonowym w S.. Z kwoty 385.749,46 zł pozwany uiszczył jedynie kwotę 298.609,20 zł. Stąd dochodzona w niniejszej sprawie kwota 87.140,26 zł (385.749,46 – (...),20).

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania. Jednocześnie wniósł powództwo wzajemne o zasądzenie 87.140,26 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Pozwany podniósł, że roszczenie powoda jest całkowicie bezzasadne, ponieważ pozwany obciążył powoda kwotą dochodzoną powództwem wzajemnym z tytułu kary umownej w kwocie 32.137,99 zł za opóźnienie w usunięciu wady przedmiotu umowy w okresie rękojmi oraz z tytułu nienależytego wykonania ogrodzenia wokół budynku nr (...) w kwocie 55.002,27 zł. W dniu 3.09.2015 r. został przeprowadzony odbiór robót. W protokole komisja wskazała usterki, które powód miał usunąć do 18.09.2015 r.

Powód wystawił w dniu 3.09.2015 r. fakturę nr (...) na kwotę 491.114, 26 zł (brutto).

W dniu 10.09.2015 r. powód przekazał pozwanemu kolejne kosztorysy powykonawcze – z dnia 11.09.2015 r. Pozwany poinformował o weryfikacji otrzymanych kosztorysów i niemożliwości ich akceptacji i odesłał je do powoda z naniesionymi uwagami przez inspektora nadzoru M. B..

Pozwany w piśmie z dnia 11.09.2015 r. zgłosił stwierdzone wady: niewłaściwe wykonanie furtki w ogrodzeniu nr 27 i chodnika oraz brak fundamentu 0,2x0,8 pod cokolikiem ogrodzenia przy budynku (...) (poz. 26) wyznaczając termin ich usunięcia do dnia 2.10.2015 r.

Zgłoszone wady powód uznał za bezpodstawne.

Pozwany przyznał, że powód dochodzi zapłaty za fakturę nr (...) na kwotę 69.301,74 zł w sprawie I C (...) przed Sądem Rejonowym w S. (obejmuje ona prace w całości zakwestionowane przez inspektora pozwanego; poz. nr 5,6,8,17,18,48).

Mając na uwadze stanowisko powoda i upływ terminu do usunięcia wady, pozwany obciążył powoda w nocie obciążeniowej kwotą 87.140,26 zł (kara umowna 32.137,99 z tytułu opóźnienia w usunięciu zgłoszonej wady - § 16 ust. 1 pkt b umowy i 55.002,27 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy- ogrodzenia przy budynku nr (...) celem zabezpieczenia wykonania zastępczego - §18 ust. 6 umowy).

Zdaniem pozwanego, powód nie wykonał fundamentu pod cokołem ogrodzenia przy budynku nr (...) i nie usunął zgłoszonej wady w piśmie z dnia 11.09.2015 r. (k. 37- 47).

W piśmie z dnia 16.03.2016 r. powód stwierdził, że całkowicie niezwiązane ze sprawą są podnoszone przez pozwanego twierdzenia odnośnie robót rozliczonych fakturą VAT (...), ponieważ spór w tym zakresie objęty jest odrębnym postępowaniem w sprawie sygn. akt I C (...) przed Sądem Rejonowym w S..

Istotą niniejszego sporu jest ustalenie, czy zgłoszone przez pozwanego w piśmie z dnia 11.09.2015 r. zastrzeżenia dotyczące szerokości furtki i chodnika oraz braku wykonania fundamentów pod cokolikami ogrodzenia są zasadne. W trakcie wykonywania prac uzgodniono, że furtka będzie nieco węższa niż w ofercie, ale spełnia ona wszelkie wymogi zawarte w instrukcji ochrony obiektów wojskowych (...) wprowadzonej decyzją Ministra Obrony Narodowej nr (...) oraz innych przepisach prawa budowlanego. Konsekwencją zamontowania węższej furtki było wykonanie węższego chodnika dostosowanego do szerokości furtki. Ponieważ sprawa ta była już wcześniej wyjaśniona, co potwierdzono w trakcie odbioru końcowego, pozwany nie wniósł zastrzeżeń. Gdyby było inaczej zastrzeżenia zostałyby ujawnione

w protokole odbioru końcowego, wraz z innymi uwagami odnośnie pochwyty na furtce i skobla (montaż pochwyty nie był objęty umową) czy też wykonania drobnych poprawek w zakresie nachylenia chodnika przy furtce i poprawy zamulenia kostki brukowej.

Natomiast zakres prac objętych umową odpowiada zakresowi, jaki został przez pozwanego zdefiniowany w załączonych do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiaru robót i specyfikacji technicznej (...). Z analizy zawartej umowy w części dotyczącej zleconego zakresu prac tj. przedmiaru robót, oferty i specyfikacji technicznej (...) jednoznacznie wynika, iż zakres zleconych robót nie obejmował wykonania fundamentu pod cokolikiem ogrodzenia zewnętrznego. W specyfikacji (...) pkt 2 lit.d) i e) dla ogrodzenia zewnętrznego i wewnętrznego mowa jest wyłącznie o wykonaniu ogrodzenia"... z siatki stalowej ocynkowanej na cokole betonowym na słupkach stalowych...". Identyczne zapisy zarówno do ogrodzenia zewnętrznego i wewnętrznego musi oznaczać identyczny sposób wykonania. Mimo identycznego zapisu w odniesieniu do obu ogrodzeń pozwany zgłasza zastrzeżenia jedynie, co do wykonania ogrodzenia wewnętrznego. W przedmiarze i w ofercie nie ma żadnych pozycji wskazujących na konieczność wykonania fundamentu.

W trakcie prac mimo regularnych kontroli inspektora nadzoru, nie zgłoszono jakichkolwiek uwag, co do sposobu wykonania ogrodzenia wewnętrznego. Dodatkowym argumentem potwierdzającym stanowisko powoda jest to, że pozwany w dniu 26.10.2015 r. wypłacił powodowi 32.140,08 zł tytułem zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy wpłaconego przez powoda przy zawarciu umowy.

Zdaniem powoda umowa nie obejmowała wykonania fundamentów pod cokolikami ogrodzenia wewnętrznego, zatem obniżenie przez pozwanego wynagrodzenia powodowi o kwotę 55.002,27 zł brutto tytułem nienależytego wykonania umowy, zawarte w nocie obciążeniowej z 17.11.2015 r. jest bezpodstawne.

Powód odnośnie powództwa wzajemnego stwierdził, że nie sposób ustalić, z jakiego tytułu wynika roszczenie zapłaty 87. 140,26 zł. Jeżeli przyjąć, że roszczenie powództwa wzajemnego wynika z noty obciążeniowej z 17.11.2015 r. to powinno być one odrzucone na podstawie art. 199§ 1 pkt 2 k.p.c. Pozwany żądanie oddalenia powództwa głównego opiera na tym, że umniejszył wynagrodzenie powoda o swoje roszczenia wynikające z noty obciążeniowej, na co wskazuje też potwierdzenie przelewu z dnia 18.11.2015 r. Przyjęcie powództwa wzajemnego opartego o powyższe założenie, teoretycznie mogłoby doprowadzić do tego, że w sytuacji oddalenia powództwa głównego i uwzględnienia powództwa wzajemnego, pozwany z tego samego tytułu osiągnąłby podwójną korzyść (nie dość, że powód nie otrzymałby reszty wynagrodzenia, to jeszcze musiałby zapłacić pozwanemu 87.140,26 zł). Istnieje też możliwość, że żądana kwota, to koszt naprawienia ogrodzenia, ale zdaniem powoda brak podstaw do uznania, że umowa obejmowała wykonanie fundamentu pod cokolikiem ogrodzenia (k. 61-65).

Na rozprawie w dniu 16.02.2018 r. pozwany podniósł, że sporna kwota wynikająca z noty obciążeniowej została zatrzymana na poczet rozliczenia z tytułu naliczenia kary umownej i nienależytego wykonania ogrodzenia, a żądana kwota 87.140, 26 zł stanowi koszt naprawy ogrodzenia poprzez przywrócenie go do stanu zgodnego ze sztuką budowlaną (k. 246v).

Na rozprawie w dniu 05.09.2018 r. pozwany wyjaśnił, że 32.137,99 zł stanowi karę umowną za nieusunięcie przez powoda wady - poz. nr 4 w protokole odbioru z dnia 03.09.2015 r. (k. 276v), natomiast powód z ostrożności procesowej wnosił o miarkowanie kary umownej (k. 246v).

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 26 czerwca 2015 r. strony zawarły umowę dotyczącą remontu ogrodzenia, na podstawie której powód (wykonawca) zobowiązał się do wykonania remontu ogrodzenia pozwanej Jednostki Wojskowej nr (...) w P.. Prace obejmowały wykonanie ogrodzenia zewnętrznego całej jednostki wojskowej oraz ogrodzenia wewnętrznego wokół budynku amunicji o nr (...).

Szczegółowy zakres robót wyznaczał Przedmiar Robót oraz Specyfikacja Techniczna nr (...). Planowane zakończenie robót miało nastąpić do dnia 25.08.2015r. Powód zobowiązał się wykonać przedmiot umowy przy użyciu własnych materiałów zgodnych z przedmiarem i opisem robót. Do obowiązków wykonawcy należało również zabezpieczenie terenu prowadzonych prac. Wynagrodzenie ustalono w wysokości 459.144,10 zł, zgodnie z formularzem ofertowym miało obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Podstawą zapłaty wynagrodzenia miały być dwie faktury częściowe oraz faktura końcowa wystawione przez wykonawcę, przy czym wartość faktury końcowej nie mogła być niższa niż 10% wartości przedmiotu umowy. Wartość robót miała być określona na podstawie kosztorysu ofertowego wykonawcy i obmiaru wykonanych robót.

Za wykonanie przedmiotu umowy wykonawcy miało przysługiwać ostateczne wynagrodzenie wartościowo – ilościowe, uzgodnione na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego na podstawie obmiarów potwierdzonych przez inspektora nadzoru i zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. W przypadku gdyby nastąpiła konieczność wykonania robót dodatkowych, wartość i zakres takich prac miał określać protokół konieczności, przy czym za roboty dodatkowe należało rozumieć tylko te, które były objęte przedmiotem zamówienia, ale nie były przewidziane w zestawieniu prac końcowych. Z kolei zamówieniem dodatkowym były takie zamówienia, których przedmiot wykraczał poza określenie przedmiotu wykonania umowy. Zamawiający zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia w terminie 30 dni od dnia doręczenia faktury wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie robót.

O zakończeniu realizacji przedmiotu umowy wykonawca miał zawiadomić zamawiającego na piśmie wraz z załączonym potwierdzeniem zakończenia robót przez inspektora nadzoru lub kserokopią dziennika budowy z potwierdzeniem zakończenia robót przez inspektora nadzoru.

Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne, w tym za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego do usunięcia wady (§ 16 ust. 2 lit. b). Zamawiający potrąca nałożoną na wykonawcę karę umowną z faktury wykonawcy, o czym uprzednio zawiadamia wykonawcę na piśmie. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić karę umowną w terminie 14 dni od dnia otrzymania od zamawiającego wezwania do jej uiszczenia. Wykonawca udzielał zamawiającemu 61 miesięcy gwarancji na przedmiot umowy licząc od daty odbioru końcowego, potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Niezależnie od odpowiedzialności z tytułu gwarancji zamawiający może wykonać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Zamawiający zobowiązany został do powiadomienia wykonawcy o ujawnionych wadach przedmiotu umowy w terminie 10 dni od ich ujawnienia, a wykonawca zobowiązany był do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie, zamawiającemu przysługiwało prawo naliczenia kar umownych zgodnie z § 16 ust. 2 lit. b umowy. Powiadomienie o wystąpieniu wady zamawiający zgłasza telefonicznie, a następnie w drodze listu poleconego potwierdza wystąpienie wady. W przypadku nie usunięcia wady we wskazanym terminie, zamawiający może usunąć wady na koszt i ryzyko wykonawcy. Jeżeli wady stwierdzone w trakcie odbioru końcowego nie nadają się do usunięcia, lecz umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem zamawiający zastrzega sobie prawo żądania równowartości wadliwie wykonanej części przedmiotu umowy albo ponownego wykonania robót. Jeżeli wady nie nadawały się do usunięcia i uniemożliwiają one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, wykonawca miał obowiązek wykonać je po raz drugi. Po każdorazowym usunięciu wady sporządzony miał zostać protokół z jej usunięcia podpisany przez przedstawiciela obu stron. Wykonawca zobowiązał się do wniesienia na rzecz zamawiającego najpóźniej w dniu zawarcia umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto tj. w kwocie 45.914,41 zł. Zwrot 70% zabezpieczenia miał nastąpić w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia umowy, a kolejne 30% po upływie okresu rękojmi za wady. W sprawach nieuregulowanych w umowie zastosowanie miały znaleźć przepisy Kodeksu Cywilnego oraz Prawo Zamówień Publicznych (zał. teczka k. 1-16)

W dniu 3 września 2015 r. Komisja dokonała końcowego odbioru robót pt.: „K.4204- remont ogrodzenia m. P. w JW. (...) ul. (...)” (nie dokonywano częściowych odbiorów robót zanikających).

Jakość wykonanych prac oceniono jak dobry. Wykonane roboty zostały przyjęte z następującymi uwagami/wadami:

- wykonawca miał poprawić miejscowo mocowanie i naciąg siatki ogrodzeniowej wewnętrznej i zewnętrznej (1),
- naciąg drutu kolczastego oraz zamocowanie drutu ostrzowego przy budynku nr (...) (2),
- wyczyścić obrzeża i kostkę brukową, poprawić nachylenie chodnika przy furtce oraz uzupełnić zamulenie (3),
- wykonać uchwyt na furtce od strony budynku i przenieść wykonany skobel na zewnątrz (4).

Termin usunięcia wad ustalono na dzień 18.09.2015 r. (k. 21-22 i zał. teczka k. 63-64).

W dniu sporządzenia protokołu końcowego powód przekazał pozwanemu kosztorys powykonawczy końcowy z dnia 02.09.2015 r., na kwotę 491.114,26 zł (brutto) wraz z operatem powykonawczym oraz fakturą Vat nr (...) na ww. kwotę.

Inspektor nadzoru budowlanego M. B. (1) odmówiła sprawdzenia tego kosztorysu na miejscu informując, że w ciągu 2-3 dni zweryfikuje go i naniesie ewentualne uwagi. Przy odbiorze końcowym nie wykonano obmiaru prac (zeznania świadka M. B. – k. 72v-73).

M. B. po kilku dniach sprawdziła i zweryfikowała obmiary podane przez powoda oraz przekazała telefonicznie powodowi uwagi, co do kosztorysu z dnia 02.09.2015 r. Powód wysłał drogą mailową M. B. dwukrotnie nowe wersje przedmiarów wraz z nowym kosztorysem z dnia 10.09.2015 r., który jednak nie został zaakceptowany przez M. B., która dodatkowo w rozmowie telefonicznej z powodem w dniu 10.09.2015 r. zgłosiła ujawnione dodatkowe wady ogrodzenia wewnętrznego polegające na niewykonaniu przez powoda fundamentów pod cokołami, wykonania przez powoda o 25 cm węższej furtki jak i węższego chodnika niż to przewidywała umowa.

Pozwany również w piśmie z dnia 11.09.2015 r., zgłosił swoje zastrzeżenia, wskazał wady i wyznaczył powodowi termin ich usunięcia do 3.10.2015 r. (zał. teczka k. 190-191).

W dniu 24.09.2015 r. komisja dokonała odbioru usunięcia usterek spisanych w protokole odbioru robót z dnia 03.09.2015 r. Powód usunął w terminie usterki od pkt. 1-3 z protokołu z dnia 03.09.2015 r. tj. poprawił mocowanie, naciąg i wyczyścił obrzeża, nie usunął usterki z punktu 4 (wykonania uchwytu od strony budynku i przeniesienia skobla na zewnątrz).

W tym samym protokole z dnia 24.09.2015 r. dodatkowo zostały zgłoszone następne wady: niezgodny wymiar furtki i chodnika, brak fundamentu pod cokołem ogrodzenia budynku nr (...). Termin usunięcia tych wad wyznaczono na dzień 03.10.2015 r. Powód wniósł zastrzeżenie w sprawie wady dotyczącej uchwytu i skobla informując, że uzgodnił z użytkownikiem budynku nr (...) sierżantem P. M. w obecności kierownika budowy P. P., że zamontowana zasuwa może pozostać (zał. teczka k. 231-231).

Ostatecznie powód przedłożył trzeci kosztorys sporządzony zgodnie z dyspozycjami inspektora nadzoru otrzymanymi pismem nr (...) z 22.09.2015 r., z dnia 27.09.2015 r. na kwotę 385.749,46 zł (zał. teczka k. 237- 291).

Wystawił jednocześnie dwie faktury korygujące do pierwszej faktury (nazywając je częściowymi) tj. fakturę Vat nr (...) z dnia 03.09.2015 r. oraz fakturę VAT nr (...) z dnia 27.09.2015 r., zmniejszając dotychczas żądane przez powoda wynagrodzenie z kwoty 491.114,26 zł do kwoty 385.749,46 zł.

Z kolei „sporną” część zakresu wykonanych przez siebie robót wyłączył do odrębnego kosztorysu powykonawczego (nazywając go końcowym), wystawiając za te roboty końcową fakturę VAT nr (...) na kwotę 69.301,74 zł. Powód wytoczył odrębne powództwo o zapłatę kwoty wynikającej z tej faktury przed Sądem Rejonowym w S. w sprawie o sygn. akt I C (...) (niesporne).

Pozwany w dniu 18.11.2015 r. z kwoty żądanej 385.749,46 zł zapłacił powodowi 298.609,20 zł (niesporne). W piśmie z dnia 17.11.2015 r. pozwany obciążył powoda kwotą 87.140,26 zł z tytułu niewłaściwego wykonania umowy nr (...) z dnia 26.06.2015 r.

Zgodnie z notą obciążeniową kara umowna została przez pozwanego wyliczona w oparciu o § 16 pkt. 1b umowy za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady (459.144,10 zł x 0,2% x 35 dni).

Kwota 55.002,27 zł stanowi równowartość całego ogrodzenia wewnętrznego (z wyjątkiem bramy) zgodnie z kosztorysem powykonawczym z dnia 10.09.2015 r. – pozycje od 25-30 i 32 (480,99 zł + 17.392,73 zł + 17.913,14 zł + 2.831,76 zł + 1.390,91 zł + 3.475,71 zł + 1.232,05 zł + VAT 23%) – (k. 244, zał. teczka k. 342).

Między stronami powstał przede wszystkim spór, co do tego, czy przedmiotem umowy było wykonanie fundamentu pod cokołem ogrodzenia budynku (...) (ogrodzenie wewnętrzne).

Powód wykonał cokoły ogrodzenia wewnętrznego bez fundamentów, a zgłaszana przez pozwanego wada w postaci niewykonania fundamentów pod cokołami przy ogrodzeniu wewnętrznym nie została przez powoda usunięta, bowiem w ocenie powoda fundamenty pod cokołem ogrodzenia nie były przedmiotem umowy. Powód stwierdził, że przedmiar robót nie wymagał wykonania fundamentów pod cokołami, lecz wskazywał jedynie na obowiązek wykonania rowków pod krawężniki i ław krawężnikowych o wymiarach 0,2x0,2. Fundamenty miały być wylane jedynie pod słupkami ogrodzeniowymi.

Natomiast pozwany prezentował stanowisko, że również pod cokołem miał być wylany fundament o wymiarach 0,2x0,8 i powoływał się przy tym na pozycję 26 przedmiaru robót.

Na podstawie opinii biegłego sądowego M. W. sąd ustalił, że cała dokumentacja przetargowa (Specyfikacja Techniczna, rysunki projektowe, przedmiary robót) została przygotowana przez pozwanego w sposób wysoce wadliwy. Specyfikacja Techniczna nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Specyfikacja Techniczna nie określa dokładnie, co powinno być zawarte w cenie danej pozycji kosztorysowej (sposób wykonania, materiały, rodzaj sprzętu), w sposób lakoniczny opisano konstrukcję cokołu „wykonanie ogrodzenia z siatki stalowej ocynkowanej na cokole betonowym”. Nie poddano sposobu wykonania cokołu, poziomu posadowienia, wymiarów cokołu, rodzaju betonu, z którego należy go wykonać. Na podstawie takiego opisu powód nie był w stanie określić, w jaki sposób należy wykonać konstrukcję tego konkretnego cokołu. Przedmiar robót był także wykonany niezgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, brak odniesień pozycji kosztorysowych do Specyfikacji Technicznej, pozwany opisał wykonanie cokołu posługując się pozycjami przyjętymi z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR). W przedmiarze może być wpisany określony katalog np. KNR (numer, tablica, kolumna) ale wyłącznie jako tzw. kod pozycji przedmiaru, tj. oznaczenia rozumiane jako ciąg znaków- liter i cyfr. KNR nie może wystąpić w przedmiarze, jako wskazana podstawa, którą należy przyjmować do kalkulacji kosztorysowej. Za całkowicie błędne należy uznać dopisywanie przy konkretnej tablicy KNR sformułowania „ analogia”. W związku z powyższym (wpisanie KNR jako kodu pozycji przedmiaru) w danej pozycji kosztorysu, musi wystąpić całkowita zgodność technologii danego elementu robót we wskazanej pozycji katalogowej, z opisem wykonania tej pozycji w konkretnym przypadku. Jeżeli nie występuje taki identyczny rodzaj robót jak z katalogu KNR, nie wolno stosować takiej pozycji katalogu, lecz sporządzić tzw. kalkulację indywidualną, opisując w niej faktyczną technologię

wykonania tego elementu robót. Błędem w przedmiarze robót wykonanym przez pozwanego było przyjęcie pozycji katalogowej z KNR, których technologia wykonania robót była odmienna od robót przewidzianych do wykonania dla tego elementu w tym konkretnym przypadku.

W pozycji 26 przedmiaru sporządzonego przez pozwanego opis pozycji robót potrzebnych do wykonania cokołu brzmi „cokoły betonowe o wymiarach 0,20x0,20m z fundamentami o wymiarach 0,20x0,80 m”.

W katalogu KNR pozycje opisano, jako „cokoły betonowe o wymiarach 0,20x0,30m na fundamencie o wymiarach 0,20x0,80 m, z betonu B-10”. Przyjęto w przedmiarze pozycję katalogową KNR, która nie jest tożsama z robotami przewidzianymi do wykonania.

W Specyfikacji Technicznej powód nie otrzymał żadnej informacji dotyczącej wykonania cokołu. Na podstawie opisu z (...) powód w żaden sposób nie był w stanie określić, w jaki sposób należy wykonać konstrukcję tego konkretnego cokołu. Skoro była rozbieżność między (...), a przedmiarem robót, powód winien zwrócić się najpierw do pozwanego o wyjaśnienie tej rozbieżności. Powód tego nie zrobił, co jednak nie upoważniało go do wykonania cokołów bez fundamentów. Wykonany przez powoda cokół bez fundamentów obciążony jest wadą istotną, jest wykonany niezgodnie „ze sztuką budowlaną” oraz wymaga niezwłocznej naprawy. Brak fundamentu pod cokołem ogrodzenia wewnętrznego może być usunięty poprzez „podbicie” fundamentów dla istniejącego cokołu, bowiem w najbliższym czasie może dojść do destrukcji całego istniejącego wadliwego cokołu (dowód: opinia biegłego M. W. – k.208-213, 245-246v).

Również jak wynika z opinii biegłego L. S. w treści opisu technicznego nie podano konieczności wykonania fundamentu pod cokołem i uwzględniając, że o sposobie wykonania robót decyduje treść dokumentacji technicznej (w tym przypadku opis w specyfikacji technicznej należałoby przyjąć, że umowa nie obejmowała wykonania fundamentu pod cokołem ogrodzenia wewnętrznego). Taka teza byłaby słuszna, gdyby wykonany w ten sposób cokół był zrobiony poprawnie pod względem technicznym. Cokół wylewany bez fundamentu konstrukcyjnie musi opierać się na fundamentach słupków, co oznacza konieczność zastosowania odpowiedniego zbrojenia cokołu (wykonania cokołu żelbetowego) oraz dylatowania ogrodzenia na dłuższych odcinkach. Cokół nie był zbrojony, potwierdza to pęknięcie cokołu przy słupach świadczące o wadliwości wykonania cokołu. Wykonanie cokołu betonowego bez fundamentu, tak jak to wykonał powód, jest błędem w sztuce budowlanej. Zastosowane przez wykonawcę cokoły betonowe były niezbrojone, co jest błędem przy takiej metodzie posadowienia cokołów, jeżeli cokół byłby posadowiony na fundamencie, to wówczas cokół nie musi być zbrojony, bo fundament jest zbrojony. Zasadą jest to, że każdy fundament musi być zbrojony. Ogrodzenie wewnętrzne byłoby wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, jeżeli cokół betonowy byłby zazbrojony przed zalaniem. Skoro były zrobione szalunki, to należało najpierw włożyć zbrojenie i zalać to betonem (opinia biegłego M. W.). Przy przyjęciu, że umowa nie przewidywała wykonania fundamentów pod cokołami, to ogrodzenie wewnętrzne w takim stanie, w jakim wykonał je powód, zawiera wadę istotną (usuwalną), która wymaga naprawy.

Pozycja kosztorysowa nr 26 przedmiaru robót obejmowała wykonanie fundamentu pod cokołem betonowym (szalowanie betonowanie), natomiast w przedmiarze robót nie uwzględniono robót ziemnych, co świadczy o niewłaściwym przygotowaniu dokumentacji przez pozwanego.

Powód wykonał węższą o 25 cm i niższą o 24 cm furtkę niż wynikało to z rysunku nr 3 do Specyfikacji Technicznej (...). Zmienił również konstrukcję wypełnienia furtki i zamiast zastosowania długich prętów okrągłych spawanych do górnej i dolnej ramy furtki usztywnionych obustronnie pośrednimi płaskownikami w miejsce płaskowników wstawił zamknięte profile kwadratowe i pola między profilami zamkniętymi wypełnił krótszymi prętami okrągłymi spawanymi do tych profili. Powyższa niezgodność (tj.konstrukcja wypełnienia furtki) ze (...) nie była kwestionowana przez pozwanego. Powód nie wykonał uchwyty na furtce od strony budynku i nie przeniósł skobla na zewnątrz, czego domagał się pozwany. Powód twierdził, że wykonania uchwyty i skobla nie przewidywała umowa.

Specyfikacja techniczna (...) zawiera szczegółowy rysunek oraz konstrukcję poszczególnych elementów zgodnie, z którymi powinna być wykonana furtka. W przedmiarze do przetargu nie została uwzględniona konieczność wykonania uchwyty, skobla (dowód: opinia biegłego – L. S. – k.161-162).

Schemat wykonania furtki do budynku nr (...) został przedstawiony na rysunku nr 3 załączonym do specyfikacji technicznej. W ocenie sądu analiza rysunku furtki wskazuje, że miał być zamontowany zamek oraz klamka. Brak jest na rysunku zaznaczenia dodatkowych elementów, które wskazywałyby na zamontowanie uchwyty i skobla.

Zawężenie przez powoda prześwitu furtki o 25 cm oraz chodnika o 30 cm w żaden sposób nie uniemożliwia użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Natomiast pozwany zaakceptował węższą furtkę z tym, że w kosztorysie powykonawczym powód miał uwzględnić rzeczywisty wymiar furtki (zeznania A. K. k. 73-74, zeznania J. S. k. 74), co zostało uwzględnione przez powoda w kosztorysie powykonawczym z dnia 27.08.2015 r.

Rozliczenie robót w kosztorysie powykonawczym powoda z dnia 27.09.2015 r. na kwotę 385.749,46 zł pokrywało się z zakresem faktycznie wykonanych prac, obejmujących m.in : wykonanie cokołu betonowego o wymiarach 20x20cm bez fundamentu, wykonanie mniejszej furtki o wymiarach 1,00x1,90m zamiast 1,25 x 2,14m oraz wykonanie węższego chodnika o szerokości 1,2m zamiast 1,5m (dowód: opinia biegłego L. S. i opinia biegłego M. W.).

Powyższy stan faktyczny sąd ustalił na podstawie: umowy z dnia 26.06.2015r. (k.13-20), protokołu odbioru z dnia 03.09.2015r. (k.21-22) i z dnia 24.09.2015r. (k.190-190v), faktury VAT nr (...) (k.23), faktury korygującej nr 15- (...) (k.24) i nr 15- (...) (k.25), pisma powoda z dnia 08.09.2015r. (k.26-27) i z dnia 06.10.2015r. (k.29-29v), faktury nr (...) (k. 28), potwierdzeń przelewów kwoty zabezpieczenia (k.66-67), potwierdzenia przelewu kwoty 298.609,20 zł (k.81, k.85), przedmiaru robót (k.86-91), kosztorysu ofertowego (k.92-105), kosztorysu inwestorskiego (k.106-128), noty obciążeniowej (k.244), opinii biegłego sądowego L. S. (k.154-164, k.182-183), opinii biegłego sądowego M. W. (2) (k.205-217, k.245-246), zeznań świadków M. B. (1) (k.72-73), A. K. (2) (k.73-73v), A. K. (3) (k.73v), G. P. (k.74), J. S. (k.74), P. P. (2) (k.142v-143), M. G. (k.143-143v) oraz zeznań powoda M. K. (2) (k.143-144v), załączonej dokumentacji (teczka).

Opinie obu biegłych w ocenie sądu okazały się przydatne do rozpoznania niniejszej sprawy. Opinie we wnioskach są zbieżne, uzupełniają się, nie zawierają wewnętrznych sprzeczności. Stwierdzenie, że niewykonanie przez powoda fundamentów pod cokołami ogrodzenia wewnętrznego jest niezgodne ze sztuką budowlaną i stanowi wadę zostało potwierdzone przez biegłych. O złej, jakości wykonanego ogrodzenia wewnętrznego świadczy fakt pęknięcia cokołu przy słupkach. Również biegły M. W. w sposób niebudzący wątpliwości wykazał rozbieżności pomiędzy Specyfikacją Techniczną oraz błędy popełnione przez pozwanego w dokumentacji przetargowej. Sąd nie podzielił jedynie poglądu biegłego L. S., że w jego ocenie wykonanie uchwyty objęte było umowa (zgodnie z rys. nr 3), bowiem sąd poza klamką i zamkiem nie dopatrył się zaznaczonego dodatkowego elementu - uchwyty.

Zeznania świadków M. B. (1), A. K. (2), A. K. (3), G. P., J. S., P. P. (2) i M. G. i powoda sąd uznał za wiarygodne.

Istota sporu dotyczyła ustalenia, czy dokumentacja pozwanego załączona do umowy obejmowała wykonanie fundamentu pod cokolikiem przy ogrodzeniu wewnętrznym oraz wykonania skobla i uchwyty przy furtce. Przedłożone przez strony dokumenty (zał. teczka) nie były kwestionowane.

Sąd zważył, co następuje:

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

Natomiast 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

obiekty, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło – art. 656§ 1 k.c.

Z kolei przepis art. 638§ 1 k.c. zdanie 1 stanowi, że do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży.

Poza sporem jest to, że w dniu 3.09.2015 r. dokonano końcowego odbioru robót z tym, że pozwany wskazał na usterki / wady w odebranych robotach zakreślając termin ich usunięcia. Wykonawca (powód) usunął wskazane wady w terminie, z wyjątkiem wykonania uchwyty na furtce od strony budynku nr (...) i przeniesienia skobla na zewnątrz.

Zajmując ostateczne stanowisko powód stwierdził, że zarówno wykonanie uchwyty jak i skobla nie było przedmiotem umowy, były to roboty, które dodatkowo wykonał, a więc nie ma obowiązku ich „ naprawy”.

Pozwany w piśmie z dnia 11.09.2015 r. wskazał na kolejne ujawnione wady: wykonanie furtki węższej o 25 cm, węższego chodnika oraz braku fundamentów pod ogrodzeniem wewnętrznym, wzywając do usunięcia wad. Wady te nie zostały usunięte.

Między stronami również istniał spór dotyczący zapłaty za fakturę (...) na kwotę 69.301,74 zł . Powód roboty objęte tą fakturą wyłączył z kosztorysu końcowego z 17.09.2015 r. wniósł pozew o zapłatę tej kwoty do Sądu Rejonowego w S. sygn. akt I C (...).

Powód przedłożył kosztorys powykonawczy ostateczny z 27.09.2015 r. wraz z fakturą korygującą na kwotę 387.749,46 zł. Pozwany (inwestor) odmówił powodowi wykonawcy zapłaty całości wynagrodzenia za wykonane roboty w związku z zawartą umową z dnia 26.06.2015 r., kwestionując prawidłowość wykonania ogrodzenia wewnętrznego wokół budynku (...) (brak fundamentów pod cokołem), wykonanie węższej furtki i chodnika, niewykonania uchwyty do furtki od strony budynku i nie przeniesienie skobla.

Ogrodzenie budynku nr (...) miało być wykonane w ten sposób, aby siatka ogrodzeniowa między słupkami osadzona była od spodu w betonowym cokole z uwagi na wymogi bezpieczeństwa. Dlatego zamiast gotowych prefabrykatów cokoły między słupkami miały być wykonane z lanego betonu, a nie z gotowych elementów jak przy ogrodzeniu zewnętrznym. Pojawiła się jednak rozbieżność stron, co do konieczności posadowienia fundamentów pod tak wykonanymi cokołami. Powód nie wykonał fundamentów pod cokołami, ponieważ twierdził, że nie przewidywała tego umowa, przy czym zaznaczyć należy, że powód żądał zapłaty wynagrodzenia za wykonanie ogrodzenia bez fundamentów, a więc za rzeczywisty zakres prac, które wykonał. Pozwany z kolei był tego zdania, że obowiązek wykonania fundamentów pod lanymi z betonu cokołami wynikał z umowy stron tj. z przedmiaru robót z poz. 26 d 3.1.

Należało ustalić, czy umowa stron przewidywała obowiązek wykonania fundamentów pod cokołami ogrodzenia wewnętrznego. W powyższej kwestii wypowiedzieli się biegli sędziowie, którzy w sposób jednoznaczny wykazali wady w dokumentacji projektowej i rozbieżność między Specyfikacją Techniczną, a treścią przedmiaru robót. Na podstawie niewłaściwie, błędnie sporządzonej Specyfikacji Technicznej powód nie był w stanie określić jak należy wykonać konstrukcję tego konkretnego elementu (z fundamentem czy bez fundamentu). Pozwany przedłożył błędną dokumentację przetargową, a powód bezkrytycznie złożył ofertę bez dokładnego zapoznania się z treścią zamówienia oraz z opisem pozycji dostarczonych w przedmiarze robót (k. 209-211). W ocenie sądu błędy dokumentacji przedłożonej przez pozwanego nie mogą obciążać wykonawcy (powoda) ale z drugiej strony nie można uznać, że za wykonanie ogrodzenia niezgodnego ze sztuką budowlaną należy się powodowi wynagrodzenie. Powód w trakcie wykonywania prac, jako profesjonalny wykonawca, winien zwrócić pozwanemu uwagę na rozbieżności między Specyfikacją Techniczną (...), a przedmiarem robót, ponieważ winien posiadać wiedzę, że wykonanie cokołu bez fundamentu jest w istocie niewłaściwe i niezgodne ze sztuką budowlaną. Zastosowane przez wykonawcę cokoły betonowe były niezbrojone, co jest błędem przy takiej metodzie posadowienia cokołów, jeżeli cokol byłby posadowiony na fundamencie, to wówczas cokol nie musi być zbrojony, bo fundament jest zbrojony. Zasadą jest to, że każdy fundament musi być zbrojony. Ogrodzenie wewnętrzne byłoby wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, jeżeli cokol betonowy byłby zazbrojony przed zalaniem. Skoro były zrobione szalunki, to należało najpierw włożyć zbrojenie i

zalać to betonem, wówczas ogrodzenie byłoby zgodne z zasadami sztuki budowlanej. Przy przyjęciu, że umowa nie przewidywała wykonania fundamentów pod cokołami, to ogrodzenie wewnętrzne w takim stanie, w jakim wykonał je powód zawiera wadę istotną (usuwalną), która wymaga naprawy. Powód, mimo wezwania do usunięcia wady, odmówił jej usunięcia.

Należało ustalić, czy powodowi należy się wynagrodzenie za wykonanie ogrodzenia wewnętrznego, jakie znaczenie prawne miała sporządzona przez pozwanego nota obciążeniowa z listopada 2015 r. oraz czy pozwany uprawniony jest do żądania wykonania zastępczego.

Pozwany w odpowiedzi na pozew poza stwierdzeniem, że z żądanej kwoty 385.749,46 zł zapłacił powodowi z tytułu wykonanych robót kwotę 298.609,20 zł, a pozostałą część 87.140,26 zł zatrzymał z tytułu rozliczenia kary umownej i nienależytego wykonania ogrodzenia wewnętrznego, nie wskazał podstawy prawnej zatrzymania powyższej kwoty. Natomiast w nocie obciążeniowej z dnia 17.11.2015 r. poinformował powoda, że naliczył karę umowną za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi 32.137,99 zł i z tytułu nienależytego wykonania ogrodzenia „potrącił” kwotę w wysokości 55.002,27 zł za ogrodzenie przy budynku nr (...) (k. 244).

Niesporne jest, że w dniu 3.09.2015 r. został przeprowadzony odbiór końcowy robót, z którego sporządzono protokół. W protokole odbioru robót zgłoszono wady, a następnie kilka dni po odbiorze pozwany stwierdził wystąpienie jeszcze innych wad, żądając ich usunięcia. Z uwagi na nieusunięcie wad, pozwany obciążył powoda kwotą 87.140,26 zł w nocie obciążeniowej z 17.11.2015 r. powołując się na § 16 ust. 1 pkt. b (dotyczy kary umownej z tytułu opóźnienia w wysokości 32.137,99 zł) i § 18 ust. 6 umowy (z tytułu nienależytego wykonania umowy –ogrodzenia wewnętrznego celem zabezpieczenia wykonania zastępczego – 55.002,27 zł).

Jak wynika § 18 ust. 6 umowy „w przypadku nie usunięcia wad we wskazanym terminie Zamawiający może usunąć wady na koszt i ryzyko Wykonawcy”. Z treści zapisu nie wynika, że Zamawiającemu przysługuje prawo „potrącenia z należnego wykonawcy wynagrodzenia kwoty celem wykonania zastępczego”. Z „noty obciążeniowej” (k. 244) wynika, że tytułem nienależytego wykonania umowy „potrącono” kwotę za ogrodzenia wokół budynku (...), bowiem przedmiotowa robota nie była wykonana zgodnie z umową i złożoną ofertą (kwotę obliczono na podstawie kosztorysu z dn. 10.09.2015 r. jako suma pozycji 25 do 30 i 32). W ocenie sądu brak było podstaw do przyjęcia, że pozwany potrącił kwotę w wysokości 55.002,27 zł z należnego powodowi wynagrodzenia. Przede wszystkim treść ww. noty obciążeniowej nie można było potraktować, jako złożenie materialnoprawnego oświadczenia woli o potrąceniu. Co istotne kwota, którą pozwany „potrącił” nie byłaby wymagalna ponieważ pozwany nie wezwał powoda do zapłaty tej kwoty (art. 455 k.c.). W toku niniejszego procesu kwestia zasadności potrącenia nie została wyartykułowana przez pozwanego nawet w postaci ewentualnego zarzutu procesowego.

W ocenie sądu pozwany wysyłając powodowi notę obciążeniową z dnia 17.11.2015 r. dążył w istocie do obniżenia wynagrodzenia o tę wartość prac, które powód wykonał wadliwie, a więc skorzystał z przysługującego mu uprawnienia z tytułu rękojmi (656 § 1 k.c., w zw. z art. 638 § 1 k.c. w zw. art. 560 k.c.). Niewątpliwie żądanie obniżenia ceny przez pozwanego znajduje oparcie w treści art. 560 § 1 k.c. Istotą żądania obniżenia ceny w oparciu o art. 560 § 1 i 3 k.c. jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy sprzedaży, a nie kompensacja ewentualnej szkody doznanej przez kupującego. Za przyjęciem powyższego przemawiało przede wszystkim dotychczasowe stanowisko pozwanego oraz treść samej noty obciążeniowej. Odmowa zapłaty całości wynagrodzenia stanowiła faktycznie żądanie obniżenia przez pozwanego wynagrodzenia należnego powodowi o tę wartość prac, którą powód wykonał w sposób wadliwy.

Zdaniem sądu miarodajny i odpowiadający faktycznemu zakresowi wykonanych robót jest kosztorys powykonawczy z dnia 27.09.2015 r. na kwotę 385.479,46 zł, bowiem wskazany tam zakres robót (obmiar) oraz wskazane ceny jednostkowe nie zostały zakwestionowane przez pozwanego.

Pozwany w tym kosztorysie powykonawczym zakwestionował następujące pozycje: 25,26,27,28,29,30,32 - dotyczące ogrodzenia wewnętrznego, jako wykonane niezgodnie z umową z tym, że ceny przyjął z kosztorysu powykonawczego z dnia 10.09.2015 r. zamiast z dnia 27.09.2015 r.

Zdaniem sądu należne powodowi wynagrodzenie należało obniżyć o koszty ogrodzenia wewnętrznego pozycja: 25 (rowki pod krawężniki i ławy krawężnikowe) kwota 480,99 zł, 26 (cokoły betonowe) kwota 10.453,93 zł, 27 (ogrodzenie z siatki plecionej ocynkowanej z drutu) kwota 17.913,14 zł, 28 (wsporniki z kątownika) kwota 2.831,76 zł, 29 (zabezpieczenie z drutu kolczastego na wspornikach) kwota 1.390,91 zł, 30 (wykonanie zasieku z drutu ostrzowego) kwota 3.475,71 zł, co łącznie stanowi 36.5463,44 zł, a z podatkiem Vat - 44.952,12 zł. Pozwany natomiast obniżył należne wynagrodzenie o kwotę 87.140,26 zł, wobec czego należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda 42.188.14 zł.

Sąd nie podzielił twierdzeń pozwanego, że również nie należy się wynagrodzenie za wykonanie furtki. Wprawdzie wymiary furtki odbiegają od wymiarów określonych w specyfikacji, ale zawężenie prześwitu furtki nie uniemożliwia prawidłowego użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Nadto zwrócić należało uwagę, że zakres prac z kosztorysu powykonawczego z dnia 27.09.2015 r. uwzględniał faktyczny zakres wykonanych przez powoda robót, w tym węższej furtki i chodnika. Wynagrodzenia w części dotyczącej węższego chodnika pozwany nie kwestionował, powód w kosztorysie powykonawczym wskazał koszty związane z wykonaniem węższego chodnika. W związku z tym żądane przez powoda wynagrodzenie za wykonanie węższej furtki należało uznać za zasadne.

Odnosząc się do wyliczonej przez pozwanego kary umownej należy wskazać, że § 16 ust. 1 umowy przewidywał, że za opóźnienie w usunięciu stwierdzonych wad przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady naliczenie kary umownej w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto z § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Podstawą naliczenia kary umownej było nieusunięcie przez powoda wady polegającej na nie wykonaniu uchwytu furtki od strony budynku i nie przeniesienia skobla. Wady te były zgłoszone podczas odbioru w dniu 03.09.2015 r. (k. 276v). Pozwany naliczył karę umowną w wysokości 32.137,99 zł (459.144,10 zł x 0,2% x 35 dni spóźnienia – k. 244). W ocenie sądu naliczona przez powoda kara umowna pozbawiona była jakichkolwiek podstaw, bowiem przedłożona przez powoda dokumentacja ofertowa nie zawierała żadnych informacji dotyczących wykonania uchwytu i skobla (wykonanie tych rzeczy nie było objęte umową). Z przedłożonej dokumentacji, w tym rysunku brak jest jakiegokolwiek zapisu, że poza klamką i zamkiem elektrycznym furtka ma mieć dodatkowo zamontowany uchwyt i skobel. Wykonanie tych elementów należało potraktować, jako dodatkowe roboty wykonane przez powoda, za które nie żądał wynagrodzenia i zamontowanie tych elementów, w ocenie pozwanego nie po właściwej stronie furtki, nie może powodować naliczania kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Zgodzić się należało z powodem, który twierdził, że ten element wykonał dodatkowo. Skoro umowa nie przewidywała wykonania uchwytu i skobla, nie było podstaw, aby naliczyć karę umowną za nienależyte wykonanie umowy. Powód z ostrożności procesowej zgłosił przy tym wniosek o miarkowanie kary umownej (k. 246v), co zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. stanowiłoby niewątpliwie podstawę do uznania naliczonej kary, jako zbyt wygórowanej (całkowity koszt furtki wyniósł 1.026,72 zł), a więc naliczona kara umowna za nie przeniesienie skobla oraz niewykonanie uchwytu w wysokości 32.137,99 zł pozostaje w rażącej dysproporcji do wartości furtki.

Podsumowując, roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia okazało się zasadne jedynie co do kwoty 42.188,14 zł (385.749,46 zł wysokość wynagrodzenia ustalona na podstawie kosztorysu z dnia 27.09.2015r. – 298.609,20 zł zapłacone wynagrodzenie przez pozwanego – 44.952,12 zł wady istotne ogrodzenia koszty z poz. 25-30). O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c., przyjmując, że powód po raz pierwszy zgłosił pozwanemu żądanie zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace fakturą VAT nr (...), co zgodnie z treścią umowy uprawniało go do żądania zapłaty w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia pozwanemu tj. z dniem 10.10.2015 r. (pkt 1 wyroku).

W pozostałym zakresie powództwo zostało oddalone, jako bezzasadne.

O kosztach procesu z pozwu (...) sp. z o.o. w L., sąd orzekł mając na uwadze wynik sprawy i w oparciu o art. 100 k.p.c. obciążył obie strony tymi kosztami po połowie. Konsekwencją powyższego było wzajemne zniesienie kosztów zastępstwa procesowego oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 1.924 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych (powód poniósł koszty sądowe w kwocie 5.358 zł (4.358 zł opłaty sądowej i 1.000 zł zaliczki). Koszty sądowe

wyniosły łącznie 6.867,69 zł (opłata sądową od pozwu- 4.358 zł i 2.509,96 zł koszty opinii biegłych k.174, k. 181, k.189, k.218, k. 249).

O nieuiszczonych kosztach sądowych sąd orzekł na podstawie art. 113 ust. 1 uksc nakazując ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 509,80 zł, tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych, mając na uwadze wpłaconą przez pozwanego zaliczkę w kwocie 1.000 zł

Odnosząc się do powództwa wzajemnego należy stwierdzić, że jak wynika z pozwu wzajemnego pozwany (powód wzajemny) z należytą powodowi kwoty 385.749,46 zł zapłacił jedynie 298.609,20 zł (z uwagi na naliczenie kary umownej i kwoty z tytułu nienależytego wykonania umowy - 87.140,26 zł), a więc o tę kwotę umniejszył należne wynagrodzenia. Jednocześnie żąda zapłaty powyższej kwoty. Powód zakwestionował, co do zasady i wysokości powyższe żądanie. Natomiast pozwany (powód wzajemny) nie wykazał w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej, a na rozprawie stwierdził, że dochodzona kwota stanowi koszt naprawy ogrodzenia poprzez przywrócenie go stanu zgodnego ze sztuką budowlaną.

Jeżeli roboty budowlane zostały wykonane wadliwie, inwestor może realizować uprawnienia wynikające z rękojmi lub roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.). Wybór uprawnień wynikających z rękojmi nakłada na niego obowiązek wykazania, które konkretnie roboty obciążone są wadą. Dokonując zaś wyboru odpowiedzialności opartej na zasadzie art. 471 k.c., musi wykazać istnienie przesłanek odszkodowawczych.

Wadliwe wykonanie robót budowlanych jest nienależytym wykonaniem zobowiązania. Jeżeli zatem wierzyciel (inwestor) poniósł na skutek takiego nienależytego wykonania zobowiązania szkodę, dłużnik (wykonawca) obciążony jest obowiązkiem jej naprawienia (art. 471 k.c.). Wierzyciel ma przy tym możliwość dokonania wyboru, może, bowiem oprzeć swoje roszczenia wyłącznie na ogólnych przepisach normujących odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i nast. k.c.) albo też, nie rezygnując z uprawnień z tytułu rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia poniesionej szkody.

Jeżeli zamierza dochodzić naprawienia szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem zobowiązania, powinien wykazać istnienie przesłanek tej odpowiedzialności, czyli powstanie szkody i jej rozmiar, fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę oraz normalny związek przyczynowy pomiędzy tymi zdarzeniami.

Przede wszystkim pozwany nie wykazał faktu poniesienia szkody, zwrócić należy uwagę, że nie zapłacił on powodowi wynagrodzenia za wadliwie wykonane ogrodzenie. Nadto nie sposób było zignorować faktu, że pozwany przedłożył powodowi błędną dokumentację przetargową, zawierającą przede wszystkim rozbieżności pomiędzy Specyfikacją Techniczną, a przedmiarem robót. Pozwany, jako inwestor dopuścił się zatem licznych nieprawidłowości, które niewątpliwie doprowadziły, do wykonania ogrodzenia w sposób wadliwy. O ile można, zatem mówić o szkodzie, to źródłem jej powstania nie było tylko i wyłącznie działanie samego powoda.

W ocenie sądu przy tak sformowanym żądaniu pozwu wzajemnego, to jest wskazania szkody jako sumy kary umownej i kosztów wykonania ogrodzenia wewnętrznego (za które nie zapłacił pozwany), powództwo należało oddalić.

Z uwagi na oddalenie powództwa wzajemnego kosztami zastępstwa procesowego należnymi pozwanemu wzajemnemu sąd obciążył w całości powoda wzajemnego na podstawie art. 98 § 1 k.p.c w zw. z art. 99 k.p.c w zw. § 8 pkt. 6 w zw. z § 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2015 r. poz. 1801).

Małgorzata Krzyżak