

Sygn. akt VI GC 185/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 grudnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Harmata

Protokolant: Małgorzata Florek

po rozpoznaniu w dniu 30 listopada 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółka z o. o. w Ł.

przeciwko: (...) Spółka z o. o. w R.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanego (...) Spółka z o. o. w R. na rzecz powoda (...) Spółka z o. o. w Ł. kwotę 100 724,92 zł (słownie: sto tysięcy siedemset dwadzieścia cztery złote 92/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 19.12.2013r. do dnia zapłaty,
2. oddala powództwo w pozostałym zakresie,
3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 15 232,32 zł (słownie: piętnaście tysięcy dwieście trzydzieści dwa złote 32/100) tytułem zwrotu kosztów procesu,
4. **zarządza ściągnąć od powoda (...) Spółka z o. o. w Ł. na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Rzeszowie) kwotę 620,24 zł (słownie: sześćset dwadzieścia złotych 24/100) tytułem niepokrytych zaliczką wydatków,**
5. **zarządza ściągnąć od pozwanego (...) Spółka z o. o. na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Rzeszowie) kwotę 1 860,74 zł (słownie: tysiąc osiemset złotych 74/100) tytułem niepokrytych zaliczką wydatków.**

sygn. akt VI GC 185/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 14 grudnia 2016 r.

Pozwem w sprawie powód D. sp. o.o. w Ł. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) sp. o.o. kwoty 133 802,92 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 19.12.2013 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że zawarł z pozwanym umowę nr (...) dotyczącą montażu stolarki, ślusarki PCV i aluminium w ramach realizacji inwestycji budowy bloku wielorodzinnego. Szacunkowe wynagrodzenie ustalone zostało na kwotę 580 000 zł. netto plus VAT. Rozliczenie miało nastąpić za rzeczywście wykonane roboty. Kierownikiem budowy był P. K.. Strony podpisywały protokoły częściowego finansowego rozliczania w którym wskazywały procent wykonanych

robót. Termin wykonania umowy ustalono na 15.09.2012 r., który nie został dotrzymany z uwagi na okoliczności leżące po stronie pozwanego. Powód wskazał też, iż pozwany zlecił mu roboty dodatkowe nie objęte umową i ustalonym wynagrodzeniem, które powód wykonał. Strony wymieniały korespondencję z której ostatecznie wynikało zaakceptowanie przez pozwanego zmian ilościowych i wartościowych umowy o prace dodatkowe na kwotę 62 744,39 zł. netto.

Powód wskazał, że prace podstawowe zostały zakończone w grudniu 2012 r. z wyjątkiem robót, które nie mogły zostać zakończone na tym etapie, ale dopiero po zakończeniu realizacji bloku i roboty dodatkowe z wyjątkiem tych zleconych później. Z uwagi na niezależne od powoda opóźnienie w realizacji inwestycji, mógł zakończyć roboty dokonując montażu ostatnich elementów t.j. nawiewników, zaślepek, klamek czy progów, dopiero w czerwcu 2013 r. Pozwany bezpodstawnie uchylał się od odbioru końcowego robót.

Powód wystawił pozwanemu fakturę VAT :

- nr (...) na kwotę 75 061 zł. netto/81 065,88 zł. brutto/ , tytułem wynagrodzenia za wykonanie nierozliczonych robót z umowy, z której pozwany uznał należność w wysokości 54 392,24 zł. netto

- nr (...) na kwotę 48 830,59 zł. netto, /52 737,04 zł. brutto/ tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe, z której pozwany uznał należność w wysokości 45 314,59 zł. netto, akceptując zlecenie i wykonanie wskazanych w pozwie robót dodatkowych.

Powód zaprzeczył prawdziwości zarzutów pozwanego w zakresie błędnego obmiaru wykonanych prac, zastosowania profili gorszej jakości, innych szyb. Każda zmiana umowy była uzgadniana z pozwanym, a końcowy odbiór robót nie został wykonany z przyczyn niezależnych od powoda. Inwestycja została oddana do użytku.

W odpowiedzi na pozew /k. 326 t. II/ pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania.

Pozwany zarzucił, że powód:

- wykonał stolarkę aluminiową w ilości mniejszej niż wynikało to z umowy,
- użył tańszych profili, niż przewidywała umowa,
- zastosował inne szyby.

Pozwany wielokrotnie wzywał do rozliczenia przy uwzględnieniu powyższych zarzutów. Podstawą wystawienia faktury z tytułu wynagrodzenia winien być protokół końcowy i rozliczenie końcowe, które nigdy nie zostały sporządzone.

Dalej pozwany zaprzeczał zleceniu robót dodatkowych, wszystkie wykonane roboty były podstawowymi z umowy.

Pozwany na wypadek uznania roszczenia powoda o zapłatę kwoty 52 737,04 zł. podniósł zarzut potrącenia z tą wierzytelnością swoich wierzytelności z tytułu kosztów poprawek w nieprawidłowym montażu przez powoda, a to kwoty 16 045 zł. z tytułu polerowania szyb zarysowanych z winy powoda, kwoty 600 zł. netto z tytułu poprawek glifów po zmianie montażu okien narożnych, 28,80 zł. netto tytułem poprawek tynkarskich po poprawkach mocowania kotew, 800 zł. tytułem poprawek glifów po zmianie montażu okien narożnych.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego pozwany podniósł zarzut potrącenia kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu robót o 275 dni w wysokości 478 500 zł.

Pozwany podniósł również zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu szkody, w związku z obciążeniem go przez inwestora karą umowną z tytułu nieterminowego usuwania usterek. Pozwany przedstawił do potrącenia kwotę 101 680 zł.

W piśmie procesowym z daty 28.07.2015 r. /k. 395 t. II/ powód ustosunkował się do zarzutów pozwanego podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Powód podtrzymał stanowisko odnośnie prawidłowego obmiaru robót, wyjaśniając, że powierzchnia prac uległa zmniejszeniu, co zostało zaakceptowane przez pozwanego. Zmiany te spowodowały jednak konieczność zastosowania tzw. „kopniaków” oraz zmianę sposobu montażu. Zmiany podwyższyły wartość materiałów, co po odliczeniu „kopniaków” zafakturowanych jako roboty dodatkowe, pomimo zmniejszeniu ilości robót nadal nie zmieniało znacząco należnego wynagrodzenia. Różnicę na korzyść pozwanego powód uwzględnił już w fakturze VAT za roboty dodatkowe pomniejszając ją. Powód podtrzymał stanowisko odnośnie bezzasadności zarzutu dotyczącego profili, które odpowiadały tym wskazanym w ofercie, także tej zaakceptowanej po zmianach. Odnośnie zarzutu dotyczącego szyb, przyznał zmianę niezgodną z ofertą w zakresie 14 pakietów, co dało różnicę 784,41 zł. W pozostałym zakresie wskazał, że zmiana wynikała ze zmiany konstrukcji ślusarki i była zaakceptowana przez inwestora. Kwota wskazana w fakturze za roboty podstawowe uwzględnia także obniżenie wynagrodzenia za mniejszą ilość zamontowanych nawiewników okiennych.

Odnośnie żądania zapłaty za roboty dodatkowe powód także podtrzymał stanowisko i wyjaśnił, że konieczność ich wykonania wynikała z uwagi na błędy projektowe, za które powód nie odpowiadał. Powód wskazał, że wykonanie robót dodatkowych miało zostać rozliczone aneksem do umowy wg cen ustalonych w sposób wskazany w umowie, co pozwany zaakceptował. Zmiana zakresu ślusarki aluminiowej wynikała z błędów w dokumentacji projektowej. Umowa realizowana była w oparciu o zmienioną ofertę dostosowaną do potrzeb pozwanego. Uzgodnienia dotyczące robót dodatkowych dokonywane były mailowo i pisemnie tak z P. K. umocowanym do reprezentacji pozwanego w tym zakresie jak i akceptowane przez członków zarządu pozwanego.

Odnośnie przedstawionych do potrącenia wierzytelności pozwanego powód zakwestionował je. Odnośnie robót poprawkowych po montażu powoda, to zaprzeczył uszkodzeniu przez siebie szyb. Odnośnie poprawek glifów wskazał na ustalenia stron o ponoszeniu kosztów 50/50 oraz uwzględnieniu tego kosztu jak też kosztu poprawek glifów w fakturze za roboty dodatkowe. Powód zakwestionował zarzut potrącenia w związku z nieterminowym wykonaniem robót i usuwaniem usterek, zaprzeczając zawinieniu w opóźnieniu i podtrzymując swoje stanowisko w tym zakresie. Powód wskazał na oddanie mu frontu robót z opóźnieniem oraz nienależyte wykonywanie umowy przez pozwanego oraz zlecenie robót dodatkowych, co miało wpływ na niedochowanie terminu przez powoda. Pozwany przyznał brak zawinienia powoda i zapewnił o nieobciążaniu go karami umownymi. Powód wskazał, że pozwany dopiero w czerwcu 2013 r. poinformował powoda o zakończeniu realizacji robót na obiekcie i wezwał go do realizacji robót, które mogły z uwagi na specyfikę zostać wykonane dopiero na tym etapie inwestycji. Powód podniósł, że sam fakt obciążenia pozwanego przez inwestora karą umowną, nie implikuje odpowiedzialności powoda. Powód zarzucił też niewykazanie opóźnienia w usuwaniu usterek, które usuwane były na bieżąco.

Powód z ostrożności procesowej podniósł zarzut miarkowania kary umownej.

W piśmie procesowym z daty 25.03.2016 r. /k. 898 t. V/ pozwany sprecyzował zgłoszony w odpowiedzi na pozew zarzut potrącenia w ten sposób, że w przypadku ustalenia przez Sąd istnienia wierzytelności powoda dochodzonej pozwem, pozwany podnosi zarzut potrącenia dochodzonej pozwem wierzytelności z wierzytelnością pozwanej w wysokości 551 580,00 zł tytułem wierzytelności za zwłokę w wykonaniu robót oraz w wysokości 191 400 zł. za zwłokę w usuwaniu usterek.

Na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. powód podniósł zarzut przedawnienia wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej jako wywodzonych z umowy o dzieło.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Strony postępowania powód D. sp. o.o. jako wykonawca oraz pozwany (...) sp. o.o. w R. zawarli w dniu 18.05.2012 r. umowę nr (...) na mocy której powód miał dostarczyć i zamontować stolarkę, ślusarkę PCV i aluminium w ramach inwestycji budowy domu wielorodzinnego w W. przy ul. (...) o zakresie określonym w dokumentacji technicznej.

Termin wykonania umowy ustalony został na dzień 15.09.2012 r., rozpoczęcie i przekazanie placu robót miało mieć miejsce w dacie 5.06.2012 r.

Szacunkowe wynagrodzenie strony ustaliły na 580 000 zł. netto plus VAT, przy czym właściwe rozliczenie miało nastąpić na podstawie rzeczywiście wykonanych robót zatwierdzonych przez kierownika budowy z zastosowaniem cen jednostkowych zawartych w załączniku nr 1 do umowy.

Umowa przewidywała kary umowne w wysokości 0,3 % wartości przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki na wypadek:

- nieterminowego wykonania umowy
- nieterminowego nieusunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w czasie trwania gwarancji i rękojmi od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

Powód udzielił pozwanemu gwarancji i rękojmi na okres trzech lat liczony od daty odbioru końcowego przez inwestora.

Po zawarciu umowy z uwagi na błędy w projekcie, strony dokonały w dacie 30.08.2012 r. zmian w ofercie stanowiącej załącznik nr 1 do umowy, które zostały zaakceptowane przez inwestora oraz pozwanego w dacie 6.09.2012 r.

dowody: mail z dnia 28.03.2012 z załącznikami k. 17-224, umowa nr (...) z załącznikami k. 25-78, KRS pozwanego k. 338-347, notatka z dnia 5.09.2012 r. k. 115, oferta po zmianach k. 407-425,

Roboty nie zostały wykonane w umówionym terminie we wrześniu 2012 r. Do wykonania pozostały m.in. roboty wykończeniowe polegające na montażu nawiewników, klamek, samozamykaczy, regulacja drzwi i okien, które wykonywane są już przed odbiorem lokatorskim po zakończeniu wszystkich prac porządkowych i następnie oczyszczeniu okien. Roboty wykończeniowe zakończone zostały latem 2013 r. Strony odbierały roboty protokołami częściowymi wskazując procentowo realizację robót. Ostatnim był protokół z dnia 24.05.2013 r. wskazujący na wartość robót wg kosztorysu umownego 645 751 zł. i wartość robót od początku budowy 566 400 zł. Strony nie sporządziły protokołu odbioru końcowego, pozwany odmawiał jego sporządzenia z uwagi na spór stron wokół wyceny robót dodatkowych.

dowody: protokoły częściowe k. 79-84, pismo z daty 18.11.2013 r. k. 169, projekt protokołu końcowego k. 170, pismo z daty 18.11.2013 r. k. 386, z załącznikiem k. 387, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, i w dniu 30.11.2016 r. k. 1124, świadka P. P. (1), świadka M. A., świadka P. K., P. P. (2) pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 P. K., I. N., na rozprawie z dnia 14.12.2015 r. zeznania świadka M. T. k. 687

Termin realizacji robót nie został dotrzymany przez powoda z przyczyn za które nie ponosił winy, a to z uwagi na przebieg całego procesu budowlanego.

W dokumentacji projektowej były niejasności, które wymagały zmiany koncepcji. Front robót, w tym otwory okienne, nie był gotowy w umówionej dacie rozpoczęcia robót do pomiaru i montażu okien z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Front robót został oddany powodowi 19.06.2012 r. Powód informował pozwanego o przyczynach opóźnienia w rozpoczęciu robót. Przesunięcie terminu wykonania umowy spowodowane było także kończeniem i usuwaniem usterek w robotach, których zakres nie należał do powoda. Zakończenie robót we wrześniu 2012 r. nie było także możliwe z uwagi na trwające prace murarskie. Roboty wykończeniowe możliwe były dopiero po zakończeniu realizacji inwestycji i jej posprzątaniu, co nie leżało w zakresie obowiązków powoda.

dowody: pismo z daty 1.06.2012 r. k. 96, pismo z dnia 26.06.2012 r. k. 98, pism z dnia 7.09.2012 r. k. 89-96, pismo z daty 4.09.2012 r. k. 369, dowód wysłania k. 559, pismo dnia 10.09.2012 r. k. 97, mail z dnia 11.10.2013 r. k. 158-163, protokół z daty 19.06.2012 r. k. 365, notatka z narady k. 371, notatka ze spotkania k. 373, notatka ze spotkania k. 427, mail z daty 22.10.2013 r. k. 428, zgłoszenia reklamacyjne i korespondencja mailowa k. 429-514, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV,, świadka P. P. (1), oraz także na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. /k. 1124/ świadka M. A., P. K. oraz I. N. , słuchany na rozprawie w dniu 14.12.2015 r. w charakterze strony pozwanej J. S. pomocniczo k. 590,

W trakcie realizacji inwestycji okazało się koniecznym wykonanie robót dodatkowych.

dowody: notatki z budowy k. 98-100, kosztorys k. 101-102, 103, mail z dnia 4.07.2012 r. k. 104, z dnia 12.06.2012 r. k. 106107, z dni a16.06.2012 r. k. 108, z dni a 22.06.2012 r. k. 109, 26.07.2012 r. z załącznikiem k. 110 -111 , z dni a21.08.2012 r. i 31.07.2012 r. k. 112-113, z dnia 2.010.2012 r. k. 114, notatka z dnia 5.09.20012 r. k. 115, mail z dnia 6.09.2012 r. k.116-117, mail z dnia 20.11.2012 r. z załącznikiem k. 118-119, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t. III, świadka P. K., pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, zeznania słuchanego w charakterze pozwanego J. S. /rozprawa z dnia 14.12.2015 r. k. 690/

Strony mailowo i pisemnie ustalały zakres koniecznych robót i należne wynagrodzenie. Osobą uprawnioną do ustalania z powodem prac dodatkowych był kierownik budowy P. K.. Powód bezskutecznie zwracał się do pozwanego o podpisanie aneksu do umowy obejmującego prace dodatkowe.

Dowody: pismo z dnia 14.09.2012 r. k. 121 pismo z dnia 14.09.2012 r. k. 122, mail z dnia 9.11.2012 r. k. 123, pismo z dnia 9.11.2012 r. k. 124, mail z dnia 7.12.2012 r. k. 125, pismo z dnia 7.12.2012 r. k. 126, mail z dnia 24.01.2013 r. k. 127, z załącznikiem k. 128, mail z załącznikami k. 129 -135, mail z dnia 28.02.2013 r. z załącznikami k. 136-137, mail z dnia 20.05.2013 r. z załącznikiem k. 138-139, mail z dnia 28.05.2013 r. 140, pismo z daty 4.06.2013 r. k. 141-142, k. 362-363, dowód nadania k. 554, pismo z daty 7.06.2013 r. k. 144-145, pismo z dnia 30.10.2013 r. k. 164-165, . 358-361, pismo z dnia 5.11.2013 r. k. 166, pismo z dnia 5.11.2013 r. k. 167-108, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, świadka P. K. pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV,

Powód z tytułu **robót podstawowych** wystawił w dniu 18.11.2013 r. pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę **75 061 zł. netto**, 81 065,88 zł. brutto z terminem płatności na dzień 18.12.2013 r.

Wynagrodzenie nie zostało zapłacone.

dowody: FV nr (...) k. 171,

Powód w ramach robót podstawowych wykonał mniejszą ilość stolarki aluminiowej: 324,99 m kw niż wynikało to pierwotnie z umowy : 354,72 m kw. Różnica wartości wykonanych robót przy zastosowaniu cen jednostkowych umowy , to kwota mniejsza o **20 611,51 zł.**

Powód zastosował także tańsze /MB 60E/ niż przewidziane w umowie profile /MB-60/ . Wartość wykonanych robót z tego powodu jest niższa o **7 380 zł.**

Powód zastosował częściowo niezgodne z umową szyby, a to w zakresie pozycji ofertowej 1;6;7 używając szyb o grubości 4 mm w miejsce 6 mm co przy powierzchni 27,82 m kw dało różnicę w cenie w wysokości **784,41 zł.**

Ostatecznie należne wynagrodzenie z tytułu robót podstawowych winno wynosić 46 285,08 zł. netto t.j. 49 987,88 zł. brutto. /75 061 zł. netto - **20 611,51 zł. - 7 380 zł. - 784,41 zł. /.**

dowody: opinia pisemna biegłego z zakresu budownictwa ogólnego mgr inż. D. L. k. 946-969, opinia uzupełniająca k.1020 , opinia uzupełniająca k.1111 opinia ustna na rozprawie w dniu 3.10.2016 r. k. 1038, dokumentacja k. 188-311,

mail z dnia 2.11.2012 r. . 423, z dnia 10.12.2012 r. k. 422, dokumentacja k. 407418, k.424-425, email k z dnia 17.05.2012 r. z płytą CD k. 1064-1091,

Powód wystawił pozwanemu z tytułu **robót dodatkowych** fakturę VAT nr (...) na kwotę **48 830,59 zł. netto** 52 737,04 zł. brutto z terminem płatności na dzień 18.12.2013 r.

Wynagrodzenie nie zostało zapłacone.

dowody: (...) k. 172,-173,174

Z tytułu wynagrodzenia za zlecone i wykonane prace dodatkowe należnym było wynagrodzenie netto za:

- dodatkowe poszerzenia 58 mm do okien PCV – 6 198 zł.,
- dodatkowe poszerzenia 125 mm do okien PCV 417 zł. ,
- dodatkowe poszerzenia 56 mm do ślusarki aluminiowej – 6 174 zł.
- dodatkowe drzwi do śmietnika 4 164 zł.
- kucie za nisko osadzone nadproża na drugim piętrze 1 500 zł. ,
- dopłata do zmiany standardowej ościeżnicy na kopniak w konstrukcjach aluminiowych – 6 427,20 zł.
- wymiana pakietów szybowych 33 619,39 zł.

Razem 58 499,59 zł. netto.

dowody: pismo z dnia 14.09.2012 r. k. 121 pismo z dnia 14.09.2012 r. k. 122, mail z dnia 9.11.2012 r. k. 123, pismo z dnia 9.11.2012 r. k. 124, mail z dnia 7.12.2012 r. k. 125, pismo z dnia 7.12.2012 r. k. 126, mail z dnia 24.01.2013 r. k. 127, z załącznikiem k. 128, mail z załącznikami k. 129 -135, mail z dnia 28.02.2013 r. z załącznikami k. 136-137, mail z dnia 20.05.2013 r. z załącznikiem k. 138-139, mail z dnia 28.05.2013 r. 140, pismo z daty 4.06.2013 r. k. 141-142, pismo z dnia 22.07.2013 r. k. 148, mail z dnia 29.07.2013 r. k. 149-154, mail pozwanego z daty 30.09.2013 r. z rozliczeniem k. 155-157, mail z daty 11.10.2013 r. k. 158-163, pismo pozwanego z daty 3.01.2014 r. z załącznikiem k. 175 – 179, 180, 348-352, 353, zeznania świadka M. A. k. 23.09.2015 r. k. 595 , świadka P. K., rozprawa z dnia 23.09.2015 r. k. 594, pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., , rozprawa z dnia 30.11.2016 r. k. 1124,

Pismem z daty 20.06.2012 r. pozwany wzywał powoda do zabezpieczenia postawionych w dacie 19.06.2012 r. na budowie okien. Początkowe nieprawidłowości w zakresie zabezpieczania okien nie powtarzały się. Uszkodzenia szyb zgłoszone powodowi, a powstałe na skutek okoliczności za które ten odpowiadał zostały usunięte. W późniejszym okresie uszkodzenia szyb wynikały z robót innych podwykonawców.

dowody: pismo z daty 20.06.2012 r. k. 364, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, świadka P. K., pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, rozprawa z dnia 30.11.2016 r. k. 1124,

Powód przystąpił do porządkowania placu budowy w marcu, kwietniu i maju 2013 r. W dacie 30.05.2013 r. firma sprzątająca wystawiła powodowi fakturę VAT z tytułu sprzątnięcia mieszkań i balkonów, klatka schodowa B i C.

W czerwcu, lipcu i sierpniu 2013 r. cały czas trwały prace czyszczące. Powód sukcesywnie wykonywał wykończeniowe prace montażowe , kończąc je latem 2013 r.

dowody: zlecenia z dnia 5.03.2013 r. k. 712-713, protokół z częściowego rozliczenia finansowego z daty 30.04.2013 r. k. 715, 716, faktura VAT (...) k. 717, protokół z daty 31.05.2013 r. k. 718-719, faktura VAT nr (...) k. 720, zeznania na

rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, świadka P. K., pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, rozprawa z dnia 30.11.2016 r. k. 1124, zeznania świadka P. K., M. A.,

Mailem dnia 28.05.2013 r. pozwany wezwał powoda do zakończenia robót na klatce C i B do 31.05.2013 r. poprzez :

- montaż listw maskujących w narożnikach w oknach narożnych
- montaż zaślepek w odwodnieniach okien
- regulacji stolarki,/kilka sztuk/
- montaż samozamykaczy w drzwiach p-pożarowych,
- regulacja drzwi i okien aluminiowych,
- montaż klamek w oknach aluminiowych - witrynach na klatkach,
- montaż progów w drzwiach aluminiowych – wejściowych,
- przegląd ram okiennych pod względem uzupełnienia ubytków od strony zewnętrznej /w okleinie/ po uszkodzeniach mechanicznych.

dowody: mail z dnia 28.05.2013 r. k. 140, k. 711 zeznania świadka P. K. , rozprawa z dnia 30.11.2016 r. k. 1124,

Pismem z daty 28.06.2013 r. wysłanym mailem z daty 1.07.2013 r. pozwany wskazał na wady i usterki w robotach wzywając do zakończenia robót podstawowych i usunięcia wad i usterek do dnia 3.07.2013 r.

Pozwany wskazał na:

- niezakończenie robót montażowych – brak protokołu odbioru,
- niezamontowanie wszystkich nawiewników okiennych,
- brak regulacji okiennej PCV i drzwiowej aluminiowej,
- brak regulacji samozamykaczy drzwi aluminiowych,
- źle działające okucia i klamki stolarki okiennej,
- zarysowania i zniszczenie ram i szyb w stolarce PCV i aluminiowej.

Pozwany wskazał na uszkodzenia w stolarce okiennej podnosząc jej niezabezpieczenie przez powoda. W dacie 3.07.2013 r. strony uzgodniły zakres usterek, ustalając termin ich usunięcia na 10.07.2013 r.

dowody: pismo z daty 2.11.2012 r. k. 366, dowód wysłania k. 355, pismo z daty 7.11.2012 r. k. 367, dowód wysłania k. 556, pismo z daty 28.06.2013 r. k. 146, k. 368, dowód wysłania k. 557, ustalenia ze spotkania z daty 3.07.2013 r. k. 370, notatka k. 372, mail z dnia 5.07.2013 r. k. 374, protokół usterek k. 378, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 zeznania świadka I. N., P. K.,

Pozwany wzywał powoda do usuwania usterek mailami z daty 6.08.2013 r. i z daty 17.08.2013 r. z terminem do 22.08.2013 r.

dowody: mail z 6.08.2013 r. k. 745, i k. 746 – z daty 17.08.2013 r. k. 750,751-778, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 zeznania świadka I. N., P. K.,

Inwestor odmawiał odbioru inwestycji m.in. z powodu usterek stolarki okiennej. W dacie 13.08.2013 r. pozwany i inwestor zawarli ugodę. W dacie 22.08.2013 r. inwestor odebrał inwestycję w protokole wskazując na nieistotne wady i usterki.

Inwestycja w postaci bloku mieszkalnego wraz z robotami wykonanym przez powoda została oddana do użytku.

dowody: mail z dnia 5.07.2013 r. k. 374, ugoda z 13.08.2013 r. k. 813-819, dokumentacja powykonawcza k. 188-311, protokół odbioru inwestycji z daty 22.08.2013 r. k. 721-722, załącznik nr 1 do protokołu odbioru k. 723 – 744, opinia pisemna biegłego z zakresu budownictwa ogólnego mgr inż. D. L. k. 946-969, opinia uzupełniająca k. 1020, opinia ustna na rozprawie w dniu 3.10.2016 r. k. 1038, zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, k. 1124 świadka P. K., pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 zeznania świadka I. N., P. K.,

Pozwany wzywał powoda do usunięcia usterek także po dacie odbioru inwestorskiego, a to mailami z września i października 2013 r. Wezwania dotyczyły usterek typu poprawienia uszczelek, maskownic, klamek, wymiany kilku szyb, regulacji okien.

Pozwany wezwał w dacie 7.10.2013 r. do usunięcia usterek i przesłania protokołu usunięcia. W dacie 30.10.2013 r. powód przesłał pozwanemu protokół z usunięcia usterek w dniu 28.10.2013 r. Wymieniane w powyższej korespondencji usterki częściowo pokrywały się z tymi wymienionymi w załączniku do protokołu odbioru inwestorskiego i tymi wskazanymi w protokole usunięcia usterek, a to w zakresie:

- co do lokalu A.4.21 wyregulować drzwi balkonowe
- w lokalu B poprawić listwę dociskową w dużym oknie w salonie ((...)), wymienić listwy dociskowe lub je dobić w sypialni,

Usterki wskazane w mailach P. K. z września 2013 r. w postaci:

- poprawienie wypadających uszczelek na usługach pod listwami maskującymi,
- poprawne przyklejenie listwy maskującej na wymienianej szybie w usługach U1,
- założenie maskownic na zawiasach na stolarce aluminiowej na klatce B i C,
- założenie maskowniczek na odwodnieniu na drzwiach aluminiowych od śmietnika ,
- założenie maskownic na śruby montażowe na oknach narożnych , pion w klatce B
- dokleić odchodzącą listwę maskującą w mieszkaniu na klatce drzwi B.4.59 (3/4),
- dokręcić klamki stałe w drzwiach wewnętrznych na każdej klatce – drzwi z przedsionka na klatę,
- zamontować zgłoszoną do wymiany szybę 872x2237 w mieszkaniu B.3.53 (2/6) ,
- zamontowanie maskowniczej na otwory samozamykaczy w drzwiach aluminiowych,

częściowo pokrywały się z tymi wymienionymi w protokole odbioru inwestorskiego i usunięcia usterek z 28.10.2013 r. z to co do przyklejenia listew, montażu maskownic – zaślepek.

dowody: mail z dnia 30.08.2013 r. k. 779, mail z dnia 6.09.2013 r. k. 780 , mail z dnia 9.09.2013 r. k. 781, z dnia 11.09.2013 r. k. 782-783, mail z dnia 11.09.2013 r. k. 784, mail z dnia 11.09.2013 r. k. 785-786, mail z dnia 24.09.2013 r. k. 787, 7.10.2013 r. k. 788, mail z dnia 7.10.2013 r. k. 788, k. 789, mail z dnia 15.10.2013 r. k. 792, mail z dnia 17.10.2013 r. k. 793, zgłoszenia reklamacyjne k. 794-796, mail z dnia 17.10.2013 r. k. 797 mail z daty 30.10.2013 r. z załącznikiem k. 312 – 313, k. 376 mail z dnia 7.10.2013 r. k. 375, oświadczenie załącznik do ugody z daty 13.03.2014 r.

k. 382-385, protokół odbioru inwestycji z daty 22.08.2013 r. k. 721-722, załącznik nr 1 do protokołu odbioru k. 723 – 744, opinia pisemna biegłego z zakresu budownictwa ogólnego mgr inż. D. L. k. 946-969, opinia ustna na rozprawie w dniu 3.10.2016 r. k. 1038, dokumentacja k. zeznania na rozprawie w dniu 23.09.2015 r. k. 594 t III, świadka P. K., pomocniczo transkrypcja k. 635 i n., t. IV, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 zeznania świadka I. N., P. K..

Inwestor wzywał pozwanego do usuwania usterek także po dacie 28.10.2013 r., przy czym inwestor wzywał pozwanego do usunięcia usterek wymienionych jeszcze w protokole odbioru inwestorskiego /załączniki z daty 13.08.2013 r. i 19.08.2013 / w korespondencji z dnia 21.10.2013 r. – lokal A.5.36 /regulacja/, i z dnia 9.12.2013 r. – lokal A.1.1. , B.4.59. /regulacja/.

dowody: opinia pisemna biegłego z zakresu budownictwa ogólnego mgr inż. D. L. k. 946-969, opinia ustna na rozprawie w dniu 3.10.2016 r. k. 1038, mail z dnia 21.10.2013 r. k. 803, 428, pismo z daty 11.12.2013 r. k. 810, mail z dnia 9.12.2013 r. k. 432, maile i zgłoszenia reklamacyjne k.433-514,

W dacie 13.03.2014 r. pozwany zawarł ugodę z inwestorem dotyczącą rozliczenia umowy o wykonawstwo generalne, w której wskazano na nieusunięte w tej dacie wady i usterki stolarki okiennej i aluminiowej. Strony zgodziły się na obniżenie wynagrodzenia m.in. o kwotę 130 000 zł. w związku z nieusunięciem wad i usterek stolarki okiennej i aluminiowej. Pozwany został obciążony przez inwestora karą umowną w wysokości 130 000 zł. z tytułu wad i usterek w stolarce okiennej i aluminiowej w postaci m.in. wadliwej regulacji, zamykania, uszczelek, zarysowań i odprysków na szybach, regulacji samozamykaczy. Następnie pozwany obciążył karą umową objętą notą nr (...)z dnia 31.12.2014 r. w wysokości 130 000 powoda.

Nie wszystkie wskazane w w/w ugodzie usterki w stolarce leżały w zakresie odpowiedzialności powoda.

dowody: wezwanie do zapłaty z 19.12.2013 r. k. 811-812, pismo z daty 31.12.2014 r. k. 379-380, nota księgowa nr (...) z 31.12.2014 r. k. 381, oświadczenie załącznik do ugody z daty 13.03.2014 r. k. 382-385, ugoda z dnia 13.03.2014 r. k. 821-830, pismo do komornika z dnia 13.03.2014 r. k. 831, pismo z daty 13.03.2014 r. k. 833, postanowienie KM (...) z daty 15.01.2015 r. k. 834, na rozprawie w dniu 30.11.2016 r. k. 1124 zeznania świadka I. N.,

Pismem z daty z daty 14.03.2016 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie w przedmiocie potrącenia swojej wierzytelności z tytułu:

- zwłoki w wykonaniu robót z umowy nr (...) w wysokości 551 580 zł. naliczonej za okres od 30.09.2012 r. do dnia 13.08.2013 r. t.j. za 317 dni /0,3 % x 580 000 zł. x 317 /, uwzględnivszy 14 dni opóźnienia w oddaniu frontu robót powodowi,

- zwłoki w usuwaniu usterek w robotach w wysokości 191 400 zł. za okres 110 dni t.j. od dnia 22.08.2013 r. do 11.12.2013 r. /580 000 zł. x 0,3 % x 110 dni/.

dowody: wezwanie do zapłaty z daty 26.02.2016 r. k. 900-901, 902, oświadczenie z daty 14.03.2016 r. k. 903-904,

Powód w dacie 4.12.2014 r. bezskutecznie zawiadzał pozwanego do próby ugodowej.

dowody: zawiadanie do próby ugodowej k. 314-318,

Sąd ustalając powyższy stan faktyczny oparł się na zeznaniach świadków w zakresie powołanym w wyżej poczynionych ustaleniach jako spójnych i logicznych oraz znajdujących odzwierciedlenie w pozostałym materiale dowodowym. Sąd dał wiarę dowodowi z zeznań świadka M. A. na okoliczność prac dodatkowych jako znajdujących potwierdzenie w dowodach z korespondencji stron i pozostałych świadków. Sąd stan faktyczny ustalił również na podstawie zeznań P. K. mając na uwadze, iż jako kierownik budowy posiadał on bezpośrednie informacje dotyczące przebiegu procesu inwestycyjnego oraz współpracy z powodem. Świadek ten jednoznacznie potwierdził przyczyny opóźnienia tak w rozpoczęciu robót jak i ich zakończeniu jako niezależne od powoda oraz konieczność montażu osprzętu dopiero po zakończeniu procesu inwestycyjnego, co miało mieć miejsce w czerwcu –lipcu 2013 r. Potwierdził także zlecenie

robót dodatkowych oraz swoje uprawnienia do reprezentacji pozwanego w tym zakresie oraz zgłaszania usterek ujawnianych na etapie odbioru inwestorskiego w połowie 2013 r. Świadek ten jednoznacznie też zeznał, że uszkodzenia szyb zgłoszone powodowi, a powstałe na skutek okoliczności za które ten odpowiadał zostały usunięte. Potwierdził także, że na późniejszym etapie doszło do porysowania szyb, ale przez kolejnych wykonawców z czym związana była konieczność ich wypolerowania. Oceniając zeznania świadka P. P. (1) Sąd miał na uwadze, iż był on uczestnikiem procesu budowy do połowy lipca 2012 r. stąd nie posiadał informacji dotyczących przedziału czasu po tej dacie. Sąd dał wiarę także zeznaniom I. N. przedstawiciela inwestora, który potwierdził m.in. opóźnienie w realizacji całej inwestycji, już na etapie stanu surowego, usterek w stolarce tak w trakcie odbioru jak i w dacie późniejszej, a który wskazał też, iż część usterek wskazanych w ugodzie zawartej z pozwanym przez inwestora, nie zależała od powoda. Sąd dał wiarę zeznaniom świadka M. T. pracownika pozwanego – kierownika budowy do lipca 2013 r., stąd jednak nie posiadającego informacji co do faktów po tej dacie, jako spójnym i znajdującym potwierdzenie w zeznaniach świadków, w szczególności na okoliczność przyczyn rozpoczęcia i zakończenia przez powoda robót po umówionym terminie, jako niezależnych od niego. Dokonując oceny zeznań słuchanego w charakterze pozwanego J. S. Sąd dał wiarę w zakresie w jakim znajdowały potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności zlecenia robót dodatkowych, korespondencji pozwanego dotyczącej rozliczenia robót dodatkowych oraz konieczności rozliczenia za te roboty po ich zakończeniu.

Sąd ustalając stan faktyczny oparł się także na dowodach z dokumentów w zakresie w jakim ich ocena wymagała wiedzy specjalnej korzystając z dowodu z opinii biegłego, także na korespondencji mail pomiędzy uczestnikami procesu inwestycyjnego, której autentyczności strony nie kwestionowały.

Sąd dał wiarę dowodowi z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa ogólnego mgr inż. D. L., którego kompetencji strony nie kwestionowały i nie budziły one także takich wątpliwości Sądu. Biegły opiniował w oparciu o akta sprawy i dokumenty przedłożone przez strony, dokonał analizy dostępnego materiału dowodowego, przy odpowiedzi na pytania i zarzuty stron każdorazowo w przekonujący i logiczny sposób przedstawiając tok swojego rozumowania. Biegły dokonał przy tym ustaleń uwzględniając braki w dokumentacji dotyczącej inwestycji i w przypadku braku realnej możliwości opiniowania zaznaczał to każdorazowo w opinii, co dodatkowo potwierdza rzetelność opinii w pozostałym zakresie.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Powód domagał się wynagrodzenia za roboty podstawowe t.j. objęte sporną umową nr (...) z tytułu których wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 75 061 zł. netto /81 065,88 zł. brutto/ oraz za roboty dodatkowe nieobjęte umową, z tytułu którego wystawił fakturę nr (...) na kwotę 48 830,59 zł. netto, /52 737,04 zł brutto/. Zawarta między stronami umowa jest umową o roboty budowlane /art. 647 kc/.

Roszczenie powoda z tytułu wynagrodzenia za roboty podstawowe było uzasadnione w części, a to co do kwoty 46 285,08 zł. netto **t.j. 49 987,88 zł. brutto.**

Zarzut pozwanego dotyczący tego wynagrodzenia okazał się częściowo uzasadniony, a to w zakresie stolarki aluminiowej - kwoty 20 611,51 zł. netto, tańszych profili niż przewidziane w umowie - kwoty 7 380 zł. oraz niezgodnych z umową szyb i kwoty - 784,41 zł.

Powyższe Sąd ustalił w oparciu o wiarygodną opinię biegłego sądowego, której w tym zakresie Sąd dał wiarę w całości.

Ostatecznie należne wynagrodzenie z tytułu robót podstawowych winno wynosić 46 285,08 zł. netto t.j. 49 987,88 zł. brutto. /75 061 zł. netto - 20 611,51 zł. - 7 380 zł. - 784,41 zł./.

Roszczenie powoda z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe było uzasadnione w całości co do żądanej kwoty 48 830,59 zł. netto **t.j. 52 737,04 zł. brutto.**

Powód na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodzenia z art. 6 kc wykazał roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za prace dodatkowe. Z materiału dowodowego w sprawie tak z dowodów z korespondencji mailowej jak i zeznań świadka P. K., który jako kierownik budowy uprawniony był, po uprzednim uzgodnieniu z pozwanym, do jego reprezentacji w zakresie zleceń dodatkowych wynika, iż koniecznym było zlecenie powodowi robót dodatkowych z przyczyn niezależnych od powoda. W ocenie Sądu istotne znaczenie ma stanowisko samego pozwanego wyrażane na etapie przedprocesowym w korespondencji skierowanej do powoda w odpowiedzi na jego żądanie zapłaty i rozliczenie robót dodatkowych. Wskazać należy tutaj na korespondencję P. K. daty 30.09.2013 r. z rozliczeniem /k. 155-157/ i pismo pozwanego z daty 3.01.2014 r. z załącznikiem /k. 175 – 179, 180/, podpisane przez członków zarządu pozwanego. Sąd miał na uwadze, iż w tym ostatnim pozwany wyraźnie zastrzegł, iż nie stanowi ono uznania roszczenia, co skutkowałoby przerzuceniem ciężaru dowodu na pozwanego. Jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawie należało przyjąć, że to powód w świetle całości materiału dowodowego uniósł ciężar dowodzenia w zakresie zlecenia mu robót dodatkowych i należnego wynagrodzenia. Sąd ustalając powyższe wziął pod uwagę cały materiał dowodowy sprawie, w tym pozostałą korespondującą stron, zlecenie robót dodatkowych potwierdził słuchany w charakterze pozwanego J. S. , który potwierdził na rozprawie stanowisko z w/w korespondencji i świadek P. K.. Materiał dowodowy wykazuje twierdzenia powoda, ostatecznie zaś przesądza tę kwestię właśnie korespondencja od pozwanego i konsekwentnie wyrażane stanowisko pozwanego czy to przez członków zarządu czy osobę umocowaną, a z której wynikało, że roboty dodatkowe były zlecane, jak też wysokość należnego z tego tytułu wynagrodzenia.

Z powyższych pism wynika, że powodowi należnym było za dodatkowe poszerzenia 58 mm do okien PCV – 6 198 zł., dodatkowe poszerzenia 125 mm do okien PCV 417 zł. ,dodatkowe poszerzenia 56 mm do ślusarki aluminiowej – 6 174 zł. ,dodatkowe drzwi do śmietnika 4 164 zł., kucie za nisko osadzone nadproża na drugim piętrze 1 500 zł. , wymiana pakietów szybowych 33 619,39 zł. Sąd uwzględnił także w ramach tej faktury, w której zgodnie z twierdzeniami powoda ten koszt został uwzględniony, ustalony przez biegłego koszt dodatkowych wzmocnień tzw. kopniaków w wysokości 6 427,20 zł. netto.

Ostatecznie żądanie powoda o zapłatę wynagrodzenia na podstawie art. 647 kc okazało się uzasadnione co do kwoty 102 724,92 zł. brutto.

Pozwany oparł obronę także na zarzutach potrącenia/art. 498 kc/.

Pozwany nie wykazał zasadności zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu kosztów polerowania szyb zarysowanych z winy powoda, poprawek glifów oraz tynkarskich po zmianie mocowania kotew.

Pozwany na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodzenia nie wykazał, aby ewentualne porysowanie szyb zostało zawinione przez powoda. Co prawda wzywał go do prawidłowego zabezpieczenia dostarczonych okien na plac budowy, incydenty z nieprawidłowym zabezpieczeniem potwierdzali świadkowie. Jednocześnie z zeznań świadka P. K., ze strony pozwanego pełniącego rolę kierownika budowy wynikało, iż incydenty te nie powtarzały się. Jednocześnie też pozwany nie wykazał, aby to powód spowodował zarysowania. Ten sam świadek konsekwentnie zeznawał, że szyby były porysowane przez firmy wykonawcze wykonujące prace po ich montażu, uszkodzenia szyb za które odpowiadał powód ten usunął. Okoliczności kosztu jak też podmiotu odpowiedzialnego z tego tytułu nadto nie potwierdziła opinia biegłego, wobec braku dowodów w dokumentacji budowlanej.

Pozwany nie wykazał także istnienia wierzytelności z tytułu prac poprawkowych, a które nie znalazły potwierdzenia również w dowodzie z opinii biegłego wobec braku odpowiedniej dokumentacji.

Nadmienić tylko można, iż zgodnie ze stanowiskiem powoda w fakturze wystawionej z tytułu prac dodatkowych uwzględnił on powołując się na ustalenia stron połowę kosztów poprawkowych prac tynkarskich i glifów. Sąd ustalwszy należne wynagrodzenie za prace dodatkowe w wysokości jak to wyżej wskazano na kwotę 58 499,59 zł. netto wziął pod uwagę , że nawet przy uwzględnieniu uznanej przez powoda w proporcji 50/50 kwoty 300 zł. , 400 zł., w całości 28,80 zł. , to nadal do zapłaty pozostała kwota wyższa niż domagał się powód w pozwie z tytułu robót dodatkowych /48 830,59 zł. netto/.

Pozwany nie wykazał zarzutu potrącenia opartego o swoją wzajemną wierzytelność z tytułu kary umownej za **zwłokę w wykonaniu umowy** przez powoda.

Instytucję kary umownej reguluje art. 483 § 1 kc zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Pozwany dwukrotnie podniósł zarzut potrącenia kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót:

- o 275 dni t.j. od 30.09.2012 r. do dnia 3.07.2013 r. w wysokości 478 500 zł. /k. 333/,

- o 317 dni za okres od 30.09.2012 r. do dnia 13.08.2013 r. w wysokości 551 580 zł. /k. 903/,

Sposób rachunkowego naliczenia kary naliczonej $/0,3 \% \times 580\ 000\ \text{zł.} \times \text{ilość dni}/$, a to od kwoty wynagrodzenia ustalonego w umowie jak też procent za jeden dzień, nie był w sprawie kwestionowany.

Oba zarzuty były niezasadne z uwagi na niewykazanie, iż pozwanemu przysługuje wierzytelność z tego tytułu t.j. kary umownej /art. 483 kc / w związku z nienależytym wykonaniem umowy w postaci oddania robót po terminie, jak też przy założeniu, iż pozwany przekroczył umówiony termin oddania robót w braku zawinienia pozwanego w jego przekroczeniu /art. 471 kc/.

Strony zastrzegły karę umowną na wypadek zwłoki wykonawcy w oddaniu robót, naliczaną za każdy dzień tej zwłoki. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika zgodnie z art. 471 kc. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 kc także zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności /V ACa 267/10 wyrok s.apel.2010-09-28 w Katowicach LEX nr 785490/.

W przedmiotowej sprawie termin zakończenia wykonania umowy wskazany w jej treści ulegał przesunięciu na skutek okoliczności, za które powód odpowiedzialności nie ponosił. Okoliczność opóźnienia w rozpoczęciu robót oraz przyczyn zakończenia ich po umówionym terminie z przyczyn niezawinionych przez powoda, a to z powodu opóźnienia całego procesu inwestycyjnego potwierdziło pismo pozwanego z września 2012 r. oraz zgodne zeznania świadków uczestniczących w procesie także ze strony pozwanego, a to P. P. (2), P. K., M. T. jak też ze strony powoda w osobie M. A. oraz inwestora I. N.. Okoliczność opóźnienia w przekazaniu frontu robót oraz niezawinionego zakończenia robót po terminie wskazanym w umowie potwierdził także słuchany w charakterze pozwanego J. S. .

Powyższe było wynikiem tak przesunięcia oddania frontu robót, co pozwany uwzględnił w dacie początkowej naliczania kary jak też braku możliwości, z powodu trwających robót, montowania okien we wrześniu 2012 r. Terminem końcowym nie był także 30.09.2012 r. od którego pozwany zaczął naliczanie kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy. Do zakończenia montażu konieczne były czynności końcowe polegające na montażu klamek itp. Ze zgodnych zeznań świadków P. P. (1), M. A., P. K., P. P. (2) wynikało, że te czynności nie mogły zostać zakończone przez zakończeniem prac na inwestycji i jej posprzątaniu. Skoro oczywistym było, że pierwotny termin wskazany w umowie jest nieaktualny, to na pozwanym spoczywał zgodnie z art. 471 kc ciężar dowodzenia, iż powód nie wykonał należycie umowy, a to nie zakończył robót we właściwym terminie. Kwestią podstawową było wykazanie jaki to miał być termin. Pozwany wskazał, że był nim 10.06.2013 r. jako że po posprzątaniu inwestycji i wezwaniu powoda w dacie 28.05.2013 r. do wykonania umowy nie było przeszkód, aby ten wykonał pozostały zakres czynności. Pozwany powoływał się na podjęcie czynności sprzątających inwestycję w marcu i kwietniu 2013 r. Jednakże nie są w ocenie Sądu wystarczającymi dowody z faktur VAT wystawione z tytułu sprzątnięcia, zwłaszcza, że ostatni pochodzi z daty 30.05.2013 r. i wskazuje na tylko na niepełny zakres inwestycji (poszczególne klatki). Ze zlecenia z marca 2013 r. także nie wynika, aby objęte nim była cała inwestycja. Z zeznań świadków wynika, że sprzątnięcie kontynuowane było

także miesiącach letnich. Nie jest też takim dowodem wezwanie z daty 28.05.2013 r. do wykonania wskazanym w nich czynności, jako także dotyczące tylko pewnego zakresu inwestycji (klatki B i C), co potwierdza świadek P. K.. Brak dowodów na okoliczność w jakiej dacie powód technicznie mógł przystąpić do końcowych czynności, tym samym brak podstaw do ustalenia, że wykonał umowę nienależycie, przekraczając termin. W konsekwencji nie można także postawić powodowi zarzutu zawinienia w opóźnieniu, jako że brak podstaw do ustalenia, że w ogóle można było od niego wymagać przystąpienia do wykonywania robót. Także przyjmując, iż strony nadal, pomimo modyfikacji umowy na początku września 2012 r. wiązał termin zakończenia robót pierwotny, a pozwany go przekroczył, to nadal w/ w okoliczności sprawy nie pozwalają na ustalenie, że pozwany dopuścił się zwłoki t.j. opóźnienia za które ponosi odpowiedzialność /art. 471 kc/. Wręcz przeciwnie materiał dowodowy w postaci zeznań w/w świadków wskazuje, iż powód przystąpił i realizował umowę niezwłocznie, w miarę udostępnianego mu frontu robót.

Niezasadnym był także zarzut potrącenia kwoty 101 680 zł. w związku z poniesieniem szkody na skutek zawarcia przez pozwanego z inwestorem ugody z dnia 13.03.2014 r. i obciążenia go przez inwestora karą umowną w wysokości 130 000 zł. z tytułu rażącego naruszania przez powoda obowiązków z gwarancji i rękojmi w postaci zwłoki w usuwaniu usterek / 471 kc /. Pozwany szacując swoją szkodę pomniejszył kwotę 130 000 zł. o sumę kaucji gwarancyjnych. Oczywistym jest, że sama ugoda pomiędzy inwestorem, a pozwanym w zakresie obniżenia wynagrodzenia o kwotę 130 000 zł. z tytułu usterek w stolarce okiennej i aluminiowej nie stanowi wystarczającej podstawy do przerzucenia tego ciężaru na powoda. Nadal pozwany winien wykazać niewykonanie tego zobowiązania i jego odpowiedzialność z art. 471 kc. Niewątpliwie po stronie pozwanego powstał uszczerbek majątkowy, jednakże nadal należy wykazać związek przyczynowy /art. 361 § 1 kc/ pomiędzy nienależytym wykonaniem umowy przez powoda a powstaniem tego uszczerbku. Po dacie odbioru stolarka miała usterki, które powód usuwał. Samo to jednak nie uzasadnia tezy o istnieniu podstawy do obciążenia z tego tytułu pozwanego przez inwestora właśnie kwotą 130 000 zł. Kwota o którą pozwany zgodził się w ramach ugody obniżyć wynagrodzenie nie stanowiła podstawy do automatycznego przełożenia na zakres odpowiedzialności powoda, nawet przy wykazaniu jego odpowiedzialności co do zasady. Tymczasem przykładowo pośród usterek wskazanych w ugodzie jako podstawa obniżenia wynagrodzenia wskazano m.in. zarysowanie szyb. W toku postępowania Sąd ustalił tymczasem, iż powód tego rodzaju usterki, za które był odpowiedzialny usuwał, kolejne zaś powstały na skutek okoliczności od niego niezależnych. Już z tego względu trudno jest mu przypisać odpowiedzialność za całą kwotę 130 000 zł. Ponadto kara umowna w tej wysokości winna znaleźć podstawę w wiążącym pozwanego z inwestorem stosunku umownym, co pozwany także winien wykazać. Pozwany wskazując, że posiada wierzycelność wzajemną wobec powoda powinien wykazać nie tylko jej istnienie ale także wysokość, przy czym istotne jest według jakich zasad to obciążenie nastąpiło i jak wyliczona została kara umowna tj. według jakich wartości ustalono opłatę którą następnie obciążono powoda. Dobrowolne przyjęcie przez pozwanego odpowiedzialności w tym zakresie w ugodzie, gdy pozwany mógł kierować się także innymi, niezwiązanymi z faktycznym zakresem swojej odpowiedzialności z tego tytułu przesłankami, dążąc do zakończenia sporu, nie uzasadnia automatycznej odpowiedzialności powoda za uszczerbek majątkowy pozwanego w tej wysokości. Nie uzasadnia to w żaden sposób tezy, iż uszczerbek ten pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem umowy przez powoda w zakresie obowiązków z gwarancji i rękojmi.

Sąd miał też na uwadze, iż po dacie 28.10.2013 r. inwestor wzywał pozwanego do usuwania usterek, jednak pozwany w żaden sposób nie wykazał, wyjąwszy te wskazane w mailu z daty 9.12.2013 r. /regulacja stolarki w dwóch lokalach/ aby powód pozostawał w tym zakresie w zwłoce. Odnosnie zaś tego zgłoszenia Sąd wziął to pod uwagę w ramach zarzutu potrącenia kary umownej z tytułu zwłoki w usuwaniu usterek. W tych okolicznościach zasadnym jest przyjęcie, że szkoda jaką poniosła pozwana nie pozostaje w związku z działaniami powoda wynikającymi z umowy, a wynika z szeregu innych czynników.

Co do zasady Sąd uwzględnił natomiast zarzut potrącenia z tytułu kary umownej za zwłokę w usuwaniu usterek przedstawionej do potrącenia, uwzględniając przy tym jednak wniosek powoda o miarkowanie kary umownej.

Stosownie do art.484 § 2 kc jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Istotnie mailem z daty 28.06.2013r. pozwany wskazywał na wady i usterki w robotach wzywając do ich usunięcia do dnia 3.07.2013r., a w dniu 3.07.2013r. strony ustaliły zakres i dalszy termin dla usunięcia usterek - brak jednak podstaw dla przyjęcia, iż były one tożsame (co do rodzaju i umiejscowienia) z wymienionymi w załączniku sporządzonym w sierpniu 2013r. z uwagi na ogólne ich sformułowanie.

Mailem z dnia 17 sierpnia 2013r. powód został wezwany przez pozwanego do usunięcia usterek wymienionych w załączniku – protokół odbioru (k- 750) z terminem do dnia 22.08.2013r. W dniu tym nastąpił odbiór przez inwestora, w którym nie stwierdzono wad istotnych, a jedynie wady i usterki nieistotne ujęte w załączniku nr 1 (k- 721 - 744).

Część z tych usterek nie była jeszcze usunięta we wrześniu 2013r. (mail P. K.), a to w zakresie przyklejenia listew, montażu maskownic – zaślepek). Pozwany wezwał ponownie powoda w dacie 7.10.2013 r. do usunięcia usterek i przesłania protokołu usunięcia. W dacie 30.10.2013 r. powód przesłał pozwanemu protokół z usunięcia usterek w dniu 28.10.2013 r. Wymieniane w powyższej korespondencji usterki częściowo pokrywały się z tymi wymienionymi w załączniku do protokołu odbioru inwestorskiego i tymi wskazanymi w protokole usunięcia usterek z sierpnia 2013r. tj. - co do lokalu A.4.21 wyregulować drzwi balkonowe, - w lokalu B poprawić listwę dociskową w dużym oknie w salonie (FIX), wymienić listwy dociskowe lub je dobić w sypialni. Dotyczyły więc dwu lokali. Stąd należy wnioskować, iż do usunięcia usterek w tym zakresie powód został wezwany w sierpniu 2013r., a usunął je w październiku 2013r.

Ponadto powtórzeniu w stosunku do dokumentów z dnia 19.08.2013r. oraz 13.08.2013r. podlegały również usterki wymienione w mailu z dnia 21.10.2013r. (dotyczy 1 lokalu) oraz 9.12.2013r. (dot. 3 lokali) – opinia biegłego k- 967 – 969.

Skoro w umowie wskazano termin na usunięcie usterek 5 i 10 dniowy (par. 9 pkt 5 umowy) należało stwierdzić, że powyższe wady nie zostały usunięte w terminie. Sąd oceniając zgłoszone przez pozwanego roszczenie z tytułu kary umownej za nieusunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze lub w czasie gwarancji i rękojmi miał na uwadze, iż pozwany naliczył kary umowne we wskazany w umowie sposób od szacowanego wynagrodzenia wg wskaźnika za każdy dzień zwłoki, co dało kwotę 191 400 zł. W ocenie Sądu kwota ta nie jest adekwatna do rodzaju zgłoszonych usterek w skali całego przedmiotu umowy. W toku postępowania pozwany wykazał opóźnienie w usunięciu usterek co do nieznacznej liczby lokali i to w niewielkim zakresie dotyczącym głównie regulacji stolarki i dopasowania listew.

W świetle niniejszego tj. zakresu przedmiotu umowy i w stosunku do niego zakresu usterek, a także biorąc pod uwagę zakres zgłaszanych usterek i ostatecznie wykazany zakres co do którego wykazano opóźnienie w ich usunięciu Sąd uznał naliczoną karę za rażąco wygórowaną i niewspółmierną, dokonując jej miarkowania do kwoty 2 000 zł. W ocenie Sądu brak było podstaw dla odniesienia się do kwoty 130 000 zł wynikającej z ugody zważywszy już na dokonane powyżej wywody. Mając na uwadze powyższe Sąd dokonał miarkowania kary umownej, mając na uwadze skalę naruszenia obowiązków umownych pozwanego i zmniejszając ją do kwoty 2 000 zł. w takim też w wymiarze uznał zarzut potrącenia za skuteczny.

Niezasadnym był zarzut przedawnienia podniesiony przez powoda, wiarygodności pozwanego z tytułu kar umownych, jako wywodzonej z umowy o roboty budowlane /art. 647 kc/ a nie umowy o dzieło /art. 627 kc/. Stąd termin przedawnienia wynosi trzy, a nie dwa lata /art. 118 kc i uchwała SN 7s. III CZP 63/01/. Przypomnieć należy, że kryterium odróżnienia umowy o roboty budowlane od umowy o dzieło jest rozmiar przedsięwzięcia, zastosowanie dokumentacji projektowej, przekazanie terenu. W regulacji dotyczącej umowy o roboty budowlane (art. 647 kc) nie chodzi o samo tylko wykonanie obiektu, lecz także o sposób wykonania - zgodnie z projektem. Powyższe kryteria spełniała sporna w sprawie umowa, będąc przy tym elementem szerszego przedsięwzięcia niewątpliwie noszącego znamiona robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe Sąd uwzględnił powództwo w części jak w pkt I wyroku na podstawie art. 647 kc i w zakresie odsetek na podstawie art. 481 kc, oddalając je w pozostałym zakresie na podstawie art. 647 kc, i 483 kc w zw z art. 498 kc jak w pkt II wyroku.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc stosunkowo, stosownie do wyniku postępowania, przyjmując, że powód wygrał w 75 %, pozwany poniósł koszt w wysokości 8 614,65 zł. (7200 zł – koszty zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości zważywszy na nakład pracy i zawilść sprawy, 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa, 401,18 koszty dojazdu , wydatki 996, 47 zł) powód w wysokości 23 181,31 zł (6691 zł opłata sądowa, 7200 zł koszty zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości zważywszy na nakład pracy i zawilść sprawy, 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa, 2 754, 80 zł koszty dojazdu , 6 518, 51 zł wydatki) – łącznie koszty postępowania : 31 795, 96 zł , stąd pozwany winien zwrócić na rzecz powoda kwotę 15 232,32 zł.

Uwzględniając stosunkowe rozdzielanie kosztów Sąd w pkt IV i V wyroku orzekł w przedmiocie ściągnięcia kwoty brakującej na pokrycie wydatków (łącznie 2 480, 98 zł) na podstawie art. 130⁴ § 1 kpc, odpowiednio przy powyższej proporcji od powoda 620, 24 zł i pozwanego 1860, 74 zł na rzecz Skarbu Państwa.