

UZASADNIENIE

Powódka M. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...) w P., wniosła w pozwie z dnia 6 sierpnia 2012r. (data wpływu) o zasądzenie od pozwanego R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) w P. kwoty **168.665,00 złotych** tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych określonych w umowie nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku (pozew k. 2-5 akt).

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego wszelkich kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych .

Pozwany podniósł, iż roszczenia powódki są całkowicie bezpodstawne. Przyznał, iż strony podpisały umowę z dnia 16.01.2010 r. (dotyczącą prac w budynku przy ul. (...) w P.) oraz kilka kolejnych aneksów do niej.

Pozwany podkreślił, że wszelkie prace objęte umową z dnia 16.01.2010 r. zostały przez pozwanego wykonane w terminie tj. do czerwca 2010 r. Powódka w maju organizowała przyjęcia komunijne, zaś w sierpniu przyjęcia weselne. Całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym sprawy są zatem oświadczenia zawarte w pozwie, w świetle których niewykonanie przez pozwanego umowy w terminie nie pozwoliło powódce na prowadzenie zamierzonej działalności gospodarczej. Nie dość bowiem, że pozwany umowę wykonał, to jeszcze powódka prowadziła działalność gospodarczą w budynku przy ul. (...) jeszcze przed umówionym terminem realizacji robót. Wskazane w dzienniku budowy prace wykonywane po terminie czerwcowym były to prace dodatkowe, wykonywane przez powoda w oparciu o ustne uzgodnienia z powódką oraz prace poprawkowe, wykonywane na bieżąco zgodnie z zaleceniami powódki.

Pozwany zauważył, iż zmiana terminu wykonywania prac objętych umową, jak i dodatkowe prace, wynikały zarówno z przyczyn technologicznych niezależnych od pozwanego (np. z wadliwości projektu budowlanego, konieczności przeprojektowania elementów konstrukcyjnych, decyzji nadzoru budowlanego podjętych wskutek działań sąsiadów), jak i z decyzji powódki, która wciąż składała nowe żądania wykonania dodatkowych robót.

W ocenie pozwanego, twierdzenia powódki dotyczące opóźnienia w naprawieniu usterek są bezpodstawne. Przedłożony przez powódkę protokół odbioru robót nie jest bowiem dokumentem, który został zaakceptowany przez pozwanego oraz kierownika budowy (widnieją na nim bowiem wyłącznie podpisy powódki oraz działającego z jej ramienia inspektora nadzoru). W dniu 09.09.2010 r. odbyło się spotkanie, którego celem było dokonanie odbioru, jednakże sporządzony wówczas dokument miał zupełnie inną treść niż załączony do pozwu. Po pierwsze, widniały na nim podpisy inspektora nadzoru, kierownika budowy oraz pozwanego, brakowało zaś popisu powódki. Przyczyna braku podpisu powódki wiązała się z tym, iż w protokole zaakceptowanym przez inspektora nadzoru, kierownika budowy oraz pozwanego w pozycji 10 widniała kwota, jaką powódka jest należna pozwanemu z tytułu wykonania prac dodatkowych (tj. 82.000,00 zł netto), a która do dnia dzisiejszego nie została wypłacona pozwanemu. Okoliczność ta pokazuje również kolejną różnicę pomiędzy protokołem załączonym do pozwu, a tym zaakceptowanym przez pozwanego - w załączonym do pozwu brak konkretnej kwoty długu powódki, lecz widnieje jedynie ogólne spostrzeżenie dotyczące istnienia takiej zaległości (pozycja 10 protokołu).

Pozwany wskazał, iż kwota 82.000,00 zł została ustalona w taki sposób, iż od kwoty wskazanej w kosztorysie powykonawczym (ok. 200.000,00 zł) została odjęta wartość windy i platformy schodowej dla niepełnosprawnych, z wykonania których powódka zrezygnowała tłumacząc to znalezieniem tańszej oferty co sama potwierdza wskazując, iż pozwany miał otrzymać za tę pracę 47.603,92 zł, zaś ona skorzystała z oferty (...) sp. z o.o. wartej 36.956,24 zł, a ponadto odjęto pewne wartości w konsultacji z inspektorem nadzoru (tj. w trybie wskazanym w aneksie nr (...) z dnia 08.02.2010 r.).

Pozwany stwierdził nadto, iż w protokole podpisanym przez niego widniało zaledwie kilka usterek, natychmiast usuniętych przez jego pracowników. W protokole załączonym do pozwu tych usterek jest zaś kilkanaście, do tego tak poważnych (np. brak drzwi pomalowania pomieszczeń), że nie sposób przyjąć, by z takimi usterekami możliwe -

odebranie budynku, do tego w należyтым (wpis z dnia 09.09.2010 r. do budowy), czy wręcz dobrym (patrz protokół odbioru) stanie. Niezależnie od powyższego pozwany podkreślił, iż byłoby niezwykle dziwnym, gdyby wykonawca nie złożył podpisu na protokole odbioru. W interesie pozwanego było przecież jak najszybsze podpisanie tego dokumentu, w tym zwłaszcza w kontekście zastrzeżonych horrendalnie wysokich kar umownych. To samo tyczy się oświadczeń, w świetle których to powódce zależało na jak najszybszym odbiorze budynku. Pozwany poddał w wątpliwość twierdzenia powódki, w świetle których te usterki były naprawiane do 2 grudnia. Jeżeli tak bowiem było, to niezrozumiałym jest, dlaczego już 29 listopada 2010r. skierowała do pozwanego pismo, w którym żądała przystąpienia do odbioru końcowego wykonanego przez niego budynku.

Pozwany odnosząc się do zarzutu braku reakcji pozwanego oraz kierownika budowy na złożone przez powódkę wezwania, podkreślił, iż były one spowodowane brakiem podpisu powódki na wspomnianym protokole odbioru. Całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym sprawy są również oświadczenia, w świetle których na budowie przebywały zazwyczaj 1-2 osoby, bowiem zgodnie z wszelkimi regułami sztuki budowlanej wykonał swe zobowiązanie przy pomocy co najmniej 8 pracowników.

W ocenie pozwanego stan faktyczny przedmiotowej sprawy wyraźnie pokazuje, iż brak podstaw do żądania przez powódkę zapłaty kary umownej, albowiem nie doszło do naruszenia zobowiązania przez pozwanego. Nawet gdyby jednak przyjąć, iż pozwany nie wykonał swego zobowiązania w terminie, to i tak doszło do tego wyłącznie wskutek okoliczności leżących po stronie powódki, co oznacza to, iż nie przysługuje jej prawo żądania zapłaty kary umownej. Strony w umowie wyraźnie przecież zaznaczyły, iż kary umowne przysługują za każdy dzień zwłoki. Nawet gdyby jednak przyjąć, co kwestionuję, iż pozwany nie wykonał swego zobowiązania w terminie, to i tak powódka nie odniosła z tego tytułu jakiegokolwiek szkody (w normalnym trybie prowadziła bowiem swą działalność gospodarczą). Zdaniem przedstawicieli doktryny oraz w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego oznacza to, iż nie przysługuje jej prawo żądania zapłaty kar umownych. Według poglądu opierającego się na wykładni literalnej art. 483 § 1 i art. 484 § 1, zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel - dochodząc zapłaty tej kary - nie musi udowadniać zarówno samego faktu istnienia szkody, jak i jej wysokości. Niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest m.in. także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dlatego też, jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże też, iż kara umowna nie przysługuje (tak również SN w uzasadnieniu wyroku z 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, LexPolonica nr 296128, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76, oraz - jak się wydaje - w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, LexPolonica nr (...), OSNCP 1976, nr 2, poz. 34).

Nawet gdyby jednak przyjąć, iż pozwany faktycznie nie wykonał w terminie robót objętych umową (czy też nie naprawił usterek), nie nastąpiło to z wyłącznej winy powódki, a do tego odniosła ona jakąkolwiek szkodę, to i tak w sprawie zachodzą przesłanki do obniżenia kary umownej do absolutnego minimum, bowiem zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, a kara umowna jest rażąco wygórowana. Po pierwsze bowiem, nawet gdyby przyjąć, iż zobowiązanie nie zostało wykonane w całości (co kwestionuję), to i tak zostało wykonane niemal w 100%. Nie może przecież bowiem budzić wątpliwości, iż gdyby pozwany nie wykonał swego zobowiązania w całości (lub niemal w całości), to nie byłoby możliwe organizowanie przez powódkę hucznych imprez (w tym wesel i komunii), do tego już w maju 2010 r., a zatem jeszcze przed wskazanym w umowie terminem wykonania zobowiązania przez pozwanego. Ponadto, zastrzeżona w umowie kara umowna jest horrendalnie wysoka % wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień zwłoki, a zatem bowiem blisko 2.500.00 zł dziennie, zaś za cały okres wskazany przez powódkę jest bliska całości należności wskazanej w umowie z dnia 16.01.2010r. Nie może zatem budzić wątpliwości, że jest rażąco wygórowana, albowiem o wygórowanej karze można też przykładowo mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją przewidziano (odpowiedź na pozew k. 197-203 akt).

Pozew wzajemny pozwanego złożony w dniu 2 lipca 2013r. został zwrócony z powodu nieuiszczenia opłaty od pozwu (pozew wzajemny k. 286-288 akt, zarządzenie o zwrocie pozwu k. 404).

Na rozprawie w dniu 23 stycznia 2017r. poprzedzającej wyrokowanie, strony podjęły negocjacje ugodowe. Powódka wyraziła zgodę by w ramach ugody, pozwany zapłacił kwotę 30.000zł. Pozwany wyraził zgodę na zapłatę kwoty

10.000zł w ratach. Ostatecznie powódka na powyższe nie wyraziła zgody. W rezultacie strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie (stanowiska stron w protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:55:59-01:11:12).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powódka M. S. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) w P..

Pozwany R. C. w 2010r. prowadził działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w P. (dowód: zaświadczenie z (...) powódki k. 8 , zaświadczenie z (...) pozwanego k. 9 akt).

W dniu 16 stycznia 2010 roku w P. została zawarta pomiędzy powódką M. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...), a R. C., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...), umowa nr (...), na podstawie której pozwany zobowiązał się wykonać roboty budowlane i wykończeniowe budynku (...) w P. przy ul. (...) (dowód: umowa nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikami k. 24-25).

R. C. nie wykonywał robót na tej inwestycji od początku, lecz przejął teren budowy już na pewnym etapie- poprzednim wykonawcą na tej budowie był K. K.. Firma ta pracowała na budowie do października 2009r. i wykonywała prace rozbiórkowe, a następnie budowała w stanie surowym parter, I piętro, zadaszyła pierwsze piętro, wylała schody w obu częściach północnych, zrobiła część elewacji, wylała styropian, zaszalowała nieprawidłowo strop nad pierwszym piętrzem. Powódka nie była zadowolona z prac tej firmy, z jakości robót. W jednym z budynków była źle wykonana modernizacja. Między stronami doszło do sporu na tle prawidłowego wykonania umowy. Ostatecznie rozliczenia z firmą (...) zakończyły się na drodze sądowej. Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawie o sygn. akt XGc 292/11 zasądził od powódki na rzecz tego wykonawcy część wynagrodzenia (dowód: zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:14:21-01:18:35, zeznania świadka K. K., e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 02:24:01-02:38:06, wyrok SO w Gliwicach k. 431, wyrok S.A. w Katowicach k. 438).

Przed zawarciem umowy z powódką, pozwany złożył swoją ofertę na wykonanie prac wraz z kosztorysem, gdzie wycenił zakres robót na kwotę 481.900zł brutto -wraz z podatkiem Vat (dowód: oferta wraz z kosztorysem k. 26- 40 akt, zeznania świadka P. P. e-protokół rozprawy z dnia 8 grudnia 2014r. czas 00:04:04).

Powódka nie analizowała tego kosztorysu, bowiem nie ma specjalistycznej wiedzy (dowód: zeznania powódki w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:25:39).

Kosztorys powykonawczy został sporządzony przez pozwanego w dniu 21 czerwca 2010r. (dowód: kosztorys powykonawczy k. 289-354 akt).

Zgodnie z umową powódka zobowiązała się do zapłaty pozwanemu wynagrodzenia w wysokości 481.00,00 złotych brutto. Zakres prac pozwanego został wyznaczony w stanowiącym załącznik do umowy kosztorysie ofertowym z dnia 13 stycznia 2010 roku, który został sporządzony przez pozwanego (dowód: umowa nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikami k. 24-25).

Termin wykonania umowy strony wyznaczyły na dzień 15 maja 2010 roku. Z uwagi na rozszerzenie zakresu prac, aneksem nr (...) z dnia 8 lutego 2010 roku oraz aneksem nr (...) z dnia 15 marca 2010 roku nastąpiło, na wniosek pozwanego zgłoszony w dniu 7 maja 2010 roku, czyli po zawarciu dwóch aneksów zwiększających zakres prac, przedłużenie terminu umownego do dnia 10 czerwca 2010 roku - w zakresie robót wewnętrznych - oraz do dnia 30 czerwca 2010 roku - zakresie robót zewnętrznych (dowód: umowa nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikami k. 24-25, aneks nr (...) z dnia 8 lutem 2010 roku k. 40, aneks nr (...) z dnia 15 marca 2010 roku k. 41, pismo pozwanego z dnia 7 maja 2010 roku w sprawie zmiany terminu realizacji umowy k. 42).

Roboty dodatkowe nie objęte kosztorysem ofertowym rozliczone miały być na podstawie rzeczywistego obmiaru robót potwierdzonego przez inspektora nadzoru kosztorysem powykonawczym według norm zawartych w KNR przy zastosowaniu stawek cenotwórczych, jak w kosztorysie ofertowym. Zakres ewentualnych robót dodatkowych określony miał być komisyjnie przez kierownika budowy oraz inspektora nadzoru w postaci protokołu konieczności

wykonania robót dodatkowych. Protokół konieczności miał być akceptowany przez zamawiającego, który miał wystawić stosowne zlecenia na wykonanie robót dodatkowych.

W aneksie nr (...) strony rozszerzyły zakres robót o zakup i montaż infrastruktury w budynku „domu weselnego” według bieżących ustaleń z zamawiającym.

W aneksie nr (...) strony nie określiły rodzaju jak i zakresu robót dodatkowych. W aneksie nr (...) strony również nie określiły zakresu i rodzaju robót, poza ogólnikowym stwierdzeniem, że zwiększono zakres robót o zakup i montaż infrastruktury w budynku „dom weselny”.

(dowód: umowa nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikami k. 24-25, aneks nr (...) z dnia 8 lutem 2010 roku k. 40, aneks nr (...) z dnia 15 marca 2010 roku k. 41, pismo pozwanego z dnia 7 maja 2010 roku w sprawie zmiany terminu realizacji umowy k. 42, zeznania świadka P. P. e-protokół rozprawy z dnia 8 grudnia 2014r. czas 00:05:44, 00:26:19, 00:43:48, zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:41:31).

Pozwany już w czasie oględzin budynku i przygotowania kosztorysu wiedział, jakie prace po poprzedniku należy poprawić i w jakim terminie. Przy zawarciu nr 1 i 2 aneksu do umowy w ogóle nie wspomniał o przedłużeniu terminu do wykonania umowy, zapewniał powódkę, że wszystkie prace również objęte aneksami wykona przed 15 maja 2015r. Jednakże, gdy zbliżał się termin umowy pozwany zaczął sygnalizować powódce, że nie zdąży z pracami. Powódka w tej sytuacji zgodziła się na wydłużenie terminu umownego w aneksie nr (...) (dowód: zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:25:39, 01:29:16, 01:37:01).

Aneksy były wymuszone dodatkowymi pracami, które trzeba było wykonać po poprzedniej firmie i które to prace ujawniły się w toku robót pozwanego (dowód: zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:25:39, 01:29:16, 01:37:01, zeznania pozwanego w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:41:58).

Zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy z dnia 16 stycznia 2010 roku wykonawca zobowiązany był do zapłaty na rzecz zamawiającego karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy raz opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w przedmiocie umowy. W każdym wypadku kara umowna wynosiła 0,5% wynagrodzenia należnego wykonawcy za każdy dzień zwłoki (dowód: umowa nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikami k. 24-25).

W dniu 21 stycznia 2010r. K. S. objął funkcję inspektora nadzoru, a P. P. - funkcję kierownika budowy w okresie od stycznia do września 2010r.

Plac budowy został przekazany pozwanemu w dniu 22 stycznia 2010 roku. Dziennik budowy został wydany w dniu 23 kwietnia 2009r. Prace realizowano na podstawie pozwolenia na budowę z dnia 28 stycznia 2009r. (dowód: protokół przekazania placu budowy z dnia 22 stycznia 2010 roku k. 54, dziennik budowy nr WU3 AY (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku k. 55-65, oryginał dziennika budowy k. 268, zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:25:39, zeznania świadka K. S. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 00:12:42).

Pozwany jako wykonawca realizował prace w zakresie między innymi:

- zerwania nieprawidłowo położonych płytek na sali koniunkcji I piętra,
- wykonania warstwy wyrównawczej pod płytki na sali koniunkcyjnej na zalecenie inspektora nadzoru,
- wykonania zmiany i powiększenia otworu z jego przesklepieniem w ścianie pomiędzy salą taneczną i koniunkcyjną,
- wykonania zmiany i powiększenia otworów z jego przesklepieniem w ścianie pomiędzy korytarzem a pomieszczeniem kuchni,
- wykonania stropu nad salą taneczną,

- zmiany wielkości i sposobu posadowienia świetlika dachowego nad salą taneczną,
- prowadzenia prace związanych z wyrównaniem powierzchni ścian przed położeniem tynku cienkowarstwowego,
- uzupełnienia rynny i rury spustowej na obiekcie,
- wykonania miejscowej naprawy pokrycia dachu,
- dokonania zmian w biegach,
- wzmocnienia na kl. schodowej od strony gospodarczej,
- osadzenia stolarki okiennej i drzwiowej na obiekcie,

a) Elewacje były wykonane przez pracowników powoda oraz zewnętrzne przedsiębiorstwo (...) (dowód: dziennik budowy nr WU3 AY (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku k. 55-65, zeznania pozwanego w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 02:55:30, 03:27:38, 03:33:04, opinia biegłego z zakresu budownictwa k. 515-552, 613-620, 688-704, k. 743-752 akt, opinia ustna e-protokół z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:02:54-00:45:12, zeznania świadka Z. K. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 01:42:16-01:58:33, zeznania świadka B. F. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 01:58:44-02:09:16, zeznania świadka D. P., e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 02:09:27-02:14:17, zeznania świadka Z. L. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 02:14:32-02:17:54, zeznania świadka W. K. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 02:18:25-02:23:50).

Pozwany nie dotrzymał postanowień umowy, przekraczając termin jej realizacji. Pozwany prowadził prace po terminie umownym w lipcu, sierpniu i we wrześniu 2010r. Wykonywane prace były wpisywane do dziennika budowy, w tym malowanie pomieszczeń i wykonywanie elewacji budynku, co obejmował kosztorys załączony do umowy z dnia 16 stycznia 2016r. Pozwany w tym okresie usuwał też usterki, co kierownik budowy P. P. potwierdzał wpisami do dziennika budowy. W tym okresie na budowie było coraz mniej pracowników, bowiem pozwany wykonywał też prace na innych inwestycjach (dowód: dziennik budowy nr WU3 AY (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku k. 55-65, zdjęcia budynku z widocznymi usterekami prac budowlanych k. 217-239, zeznania świadka P. P. e-protokół rozprawy z dnia 8 grudnia 2014r. czas 00:05:07, zeznania powódki w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:49:46, 02:13:54, zeznania świadka M. M. (1) e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 01:08:03-01:21:40, zeznania świadka M. K. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 01:22:01-01:36:05

Mimo trwających prac, w dniu 19 czerwca 2010 r. w „domu weselnym” odbyło się wesele organizowane przez R. Z.. Na kilkanaście dni przed tym weselem przedstawiciele (...) parkiet”, w tym P. R., układali parkiet na sali, w której odbyła się ta impreza. W dniu 8 sierpnia 2010 r. odbyło się przyjęcie weselne M. i S. D. (dowód: zeznania pozwanego w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 02:59:23, fotografie k. 209-210, zeznania świadka P. R. e-protokół rozprawy z dnia 16 kwietnia 2014r. czas 00:04:15-00:09:58).

Mimo, że minął umowny termin wykonania prac, wydłużony aneksem nr (...) pozwany w ogóle już nie występował do powódki o kolejne aneksowanie umowy. Nigdy nie podawał konkretnych przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac (dowód: zeznania powódki w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:44:37).

Inspektor nadzoru K. S. umówił się z pozwanym na odbiór prac na dzień 9 września 2010r. (dowód: zeznania powódki w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:54:08, 01:58:34, zeznania świadka K. S. e-protokół rozprawy z dnia 20 listopada 2013r. czas 00:12:42-01:00:39).

Przed odbiorem pozwany złożył kosztorys dodatkowych robót K. S. i inspektor nadzoru miał się do tego ustosunkować. Pozwany obliczył, że wartość robót dodatkowych, to kwota około 80.000zł. Pierwszy raz gotowość odbioru robót

pozwany zgłosił pod koniec sierpnia 2010r. (dowód: zeznania pozwanego w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:08:32, 03:17:55).

Odbiór robót budowlanych nastąpił dnia 9 września 2010 roku, czyli 70 dni po upływie wyznaczonego na dzień 30 czerwca 2010 terminu. Na odbiorze był pozwany, powódka, K. S.- inspektor nadzoru, P. P. – kierownik budowy (dowód: zeznania świadka P. P. e-protokół rozprawy z dnia 8 grudnia 2014r. czas 00:09:46, zeznania powódki w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:54:08).

Podczas tego odbioru robót stwierdzono braki i usterki, do których naprawienia pozwany został zobowiązany w terminie do dnia 15 września 2010 roku. W wyniku szczegółowych oględzin wpisano uwagi do wykonanych robót o następującej treści:

- „wymiana 2 szt. płytek w WC i uzupełnić kratki wentylacyjne 2 szt w WC dla niepełnosprawnych zamontować uchwyty ,
- regulacja drzwi, naprawić zamek, zamontować maskownice progu sala dolna,
- wejście główne odpryski na suficie balkonu, fugi przy płytkach do uzupełnienia,
- tapeta do poprawienia w kilku miejscach,
- żółty pokój uzupełnić uszczelkę w drzwiach
- barek usunąć pęknięcia na ścianach.”

(dowód: protokół końcowy z odbioru robót budowlanych z dnia 9 września 2010 roku k. 66, dziennik budowy nr J3 III (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku - str. 27 k. 66, zeznania świadka P. P. e-protokół rozprawy z dnia 8 grudnia 2014r. czas 00:14:20, zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:54:08).

Na pierwotnym protokole z odbioru widniały podpisy inspektora nadzoru, kierownika budowy oraz pozwanego, brakowało zaś popisu powódki. Przyczyna braku podpisu powódki wiązała się z tym, iż w protokole zaakceptowanym przez inspektora nadzoru, kierownika budowy oraz pozwanego w pozycji 10 widniała kwota, jaką powódka była należna pozwanemu z tytułu wykonania prac dodatkowych (tj. 82.000,00 zł netto). Powódka podpisała kolejny protokół z wykazem usterek bez kwoty dla pozwanego (dowód: zeznania pozwanego w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:13:46).

Pozwany nie dochował terminu na usunięcie wad i usterek, a ich usunięcie nastąpiło dopiero w dniu 2 grudnia 2010 roku- 77 dni po upływie wyznaczonego terminu. Prace naprawcze wykonywała inna firma bez udziału pozwanego (dowód: protokół końcowy z odbioru robót budowlanych z dnia 9 września 2010 roku k. 66, dziennik budowy nr J3 III (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku - str. 27 k. 66).

Pozwany sam obliczał, że opóźnił się z pracą w okresie od 10 czerwca do daty odbioru, czyli około 3 miesiące (dowód: zeznania pozwanego w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:17:50).

Kierownik budowy w dzienniku budowy, nie odnotował wzmianki o niekorzystnych warunkach atmosferycznych lub innych okolicznościach usprawiedliwiających niewykonanie umowy w terminie (dowód: dziennik budowy nr WU3 III (...) (tom 2) wydany dnia 23 kwietnia 2009 roku k. 55 akt).

W dniu 11 stycznia 2011 roku pozwana zawiadomiła Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w P. o zakończeniu robót, a w dniu 28 stycznia 2011 roku przeprowadzono kontrolę zakończonej budowy obiektu budowlanego. Następnie w dniu 21 lutego 2011 roku została wydana przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego decyzja o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie (dowód: wezwanie pozwanego do końcowego odbioru robót budowlanych z dnia 29 listopada 2010 roku z potwierdzeniem nadania k. 67; wezwanie P. P. do złożenia oświadczenia z dnia 11 stycznia 2011 roku wraz z potwierdzeniem nadania k. 68, zawiadomienie o zakończeniu budowy i przystąpienia do użytkowania

obiektu budowlanego z dnia 11 stycznia 2011 roku k. 69, protokół z kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 28 stycznia 2011 roku k. 70, decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru B. z dnia 21 lutego 2011 roku k. 72).

W dniu 31 maja 2012r. został sporządzony protokół z przeglądu gwarancyjnego obiektu „ (...) w P.” wraz z raportem ze spotkania w dniu 9 marca 2012r. (...) obiektu był jednostronny, bowiem pozwany nie stawił się na spotkanie. (...) wykonał inżynier J. K.. Powódka informowała pozwanego, że w przypadku nieusunięcia usterek przez pozwanego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2012r. będzie musiała skorzystać z wykonania zastępczego (dowód: protokół z dnia 31 maja 2012r. z wykazem usterek k. 269-276, raport nr 1 k. 277-278 akt).

W dniu 20 września 2010r. powódka zawarła z firmą (...) w P. umowę, na podstawie której wykonawca zobowiązał się zamontować w budynku domu weselnego w P.: 25 sztuk grzejników, umywalki, sedesy, zlewozmywaki w ilości 11 sztuk, pompę wyrzutową 1 szt., przyłącza wodociągowe (dowód: umowa z 20 września 2010r. k. 279).

Usługi hydrauliczne na obiekcie zostały odebrane w dniu 21 lutego 2011r. i powódka zapłaciła za nie 3874,50 zł, 9150zł (dowód: protokół odbioru usług k. 280 akt, faktura k. 281, faktura k. 282).

W dniu 15 września 2010r. została zawarta między powódką a Ł. R. prowadzącym działalność gospodarczą pod firma (...) umowa, na podstawie której wykonawca zobowiązał się wykonać w obiekcie obudowę windy G-K, uzupełnienie stropu żelbetowego, ułożenie terakoty, malowanie ścian, szpachlowanie ścian, ułożenie paneli ściennych (dowód: umowa z dnia 15 września 2010r. k. 283-284 akt).

Powódka zapłaciła pozwanemu tytułem wynagrodzenia kwotę 78.080,00 złotych , czyli całą sumę należną na podstawie aneksów (dowód: protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 12 maja 2010 roku k.87 , faktura VAT nr (...) z dnia 12 maja 2010 roku na kwotę 53680 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 14 maja 2010 roku k. 88, protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 31 maja 2010 roku k. 89, faktura VAT nr (...) z dnia 31 maja 2010 roku na kwotę 24400 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 1 czerwca 2010 roku k. 90 akt).

Tytułem wynagrodzenia wynikającego z par. 7 ust. 2 umowy z dnia 16 stycznia 2010 roku powódka zapłaciła na rzecz pozwanego kwotę 440.420,00 złotych (dowód: protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 9 lutego 2010 roku k. 75, faktura VAT nr (...) z dnia 9 lutego 2010 roku na kwotę 91500 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 9 lutem 2010 roku k. 74, protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 1 marca 2010 roku k. 77, faktura VAT nr (...) z dnia 1 marca 2010 roku na kwotę 50020 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 9 marca 2010 roku k. 76, protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 10 marca 2010 roku k. 79, faktura VAT nr v (...) z dnia 10 marca 2010 roku na kwotę 50020 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 11 marca 2010 roku k. 78, protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 27 marca 2010 roku k. 81, faktura VAT nr (...) z dnia 27 marca 2010 roku na fakturę 24400 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 31 marca 2010 roku k. 80, protokół częściowy z odbioru robót budowlanych z dnia 2 kwietnia 2010 roku k. 83, faktura VAT nr (...) z dnia 2 kwietnia 2010 roku na kwotę 85400 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 12 kwietnia 2010 roku k. 82, protokół częściowy z odbioru robót budowlanych z dnia 4 maja 2010 roku k. 85, faktura VAT nr (...) z dnia 4 maja 2010 roku na kwotę 53680 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 6 maja 2010 roku k. 84, protokół częściowy z odbioru robót budowlanych z dnia 15 czerwca 2010 roku k. 91, faktura VAT nr (...) z dnia 15 czerwca 2010 roku na kwotę 24400 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 22 czerwca 2010 roku k. 90, protokół częściowy odbioru robót budowlanych z dnia 21 lipca 2010 roku k. 93, faktura VAT nr (...) z dnia 21 lipca 2010 roku na kwotę 61000 złotych i potwierdzenie przelewu z dnia 26 lipca 2010 roku k. 92 , zeznania powódki w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 01:58:34, zeznania pozwanego w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:37:34).

Zgodnie z par. 7 ust. 2 umowy wynagrodzenie wykonawcy wynosiło 481.900,00 złotych i obejmowało prace wyszczególnione w kosztorysie ofertowym z dnia 13 stycznia 2010 roku, w tym między innymi dostawę i montaż windy oraz platformy schodowej dla niepełnosprawnych. Koszt tych prac pozwany wycenił na łączną kwotę 47.603,92 złotych. Po uzgodnieniu z powódką, pozwany nie wykonał tych prac i strony ustaliły, że w zamian za to, pozwany wykonana inne prace o podobnej wartości. Ostatecznie powódka zawarła z (...) Sp. z o.o. umowy o zakup i montaż

windy oraz używanego transportera schodowego na własny koszt za łączną kwotę 36.956,24 złotych (dowód: umowa nr (...) z dnia 23 lipca 2010 roku k. 43-44, faktura VAT nr (...) z dnia 23 lipca 2010 roku na kwotę 13176,00 złotych k. 45, faktura VAT nr (...) z dnia 6 września 2010 roku na kwotę 13176,00 złotych, faktura VAT nr (...) z dnia 12 listopada 2010 roku na kwotę 6588,00 złotych, potwierdzenia przelewów z dnia 2 sierpnia 2010 roku, dnia 29 września 2010 roku oraz z dnia 23 listopada 2010 roku k. 46, 48: umowa nr (...) z dnia 23 września 2010 roku k. 51, faktura VAT nr (...) z dnia 12 listopada 2010 roku na kwotę 4016,24 złotych k. 52: potwierdzenie przelewu z dnia 23 listopada 2010 roku k. 50, zeznania pozwanego w e- protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 02:49:51).

Powódka rozliczyła się z projektantem i hurtowniami dostarczającymi materiały budowlane na budowę. Z tego tytułu nie miała żadnych długów (dowód: oświadczenia i zaświadczenia oraz raport należności z hurtowni obsługujących inwestycję k. 417-424 akt).

W piśmie z dnia 13 lipca 2012r. pozwany odpowiadając na wezwania powódki podniósł, że umowa została jednostronnie zerwana przez inwestora, ponieważ do dnia dzisiejszego nie nastąpił formalny odbiór robót wykonywanych przez firmę pozwanego z powodu winy inwestora. W trakcie wykonywania zadań zawartych w umowie nastąpiły zwiększone zakresy robót, które potwierdziła w piśmie kancelaria prawna. W trakcie realizacji robót następowały przeprojektowywania konstrukcyjne w wyniku protestów sąsiada, ponieważ posiadana dokumentacja nie uwzględniała wytycznych zawartych w decyzji. Od miesiąca maja 2010r. przedmiotowy obiekt był użytkowany przez inwestora, w lokalu tym odbywały się imprezy okolicznościowe: komunie. W czerwcu odbyło się pierwsze wesele, więc lokal był w stanie gwarantującym odbiór. Przerwy w cyklu inwestycyjnym nie przewidywała umowa. Inwestor swoim zachowaniem miał na celu zerwanie wszelkich kontaktów ze pozwanym. Co w konsekwencji prowadziło do wyłudzenia wykonania robót i nie rozliczenia się. Pozwany podniósł, że inwestor nie rozliczył się ze nim finansowo pomimo sprawdzenia przez inspektora nadzoru kosztorysów i akceptacji kwoty 82.000zł netto. Wpisy zostały dokonane do dziennika budowy przez inspektora nadzoru i kierownika budowy (pismo pozwanego z dnia 13 lipca 2012r. k. 95 akt).

Pozwany wykonał roboty dodatkowe, które wydłużyły termin wykonania całej umowy. Pozwany realizując roboty na obiekcie, zrealizował zakres robót w sposób znacznie przekraczający ustalony zakres w ramach zawartej umowy w dniu 16 stycznia 2010r. Pozwany wykonał roboty dodatkowe wynikające z konieczności rozebrania i powrotu do rozwiązań projektowych co do sposobu jak i wysokości stropu nad salą taneczną (brak zgody na zamiennie rozwiązanie projektowe i powrót do wymiarów i wysokości określonych w dokumentacji podstawowej (min. 14 dni roboczych - tu należało również opracować zamiennie rozwiązanie projektowe) oraz wprowadzenia zmian w konstrukcji ścian poprzez zwiększenie wielkości otworów i wykonania jednego długiego nadproża, pomiędzy salą taneczną i koniunkcyjną na I-szym piętrze (5 dni roboczych) i pomiędzy korytarzem a помещением dla przygotowania posiłków na parterze (5 dni roboczych). Musiał wykonać naprawę i wzmocnienie biegów północnej klatki schodowej (nadlanie stopni i wzmocnienie belki podporowej górnego spocznika (5 dni roboczych). Wykonał instalację kanalizacyjnej deszczowej i odpływów wód opadowych po szerokości i długości budynku (15 dni roboczych) oraz inne roboty budowlane związane z wykończeniem wewnętrznym pomieszczeń wymienione w załączniku nr 4 (44 dni robocze). Do tego doszły:

- wykonanie warstwy wyrównawczej podłoża pod płytki sali koniunkcyjnej dla I - go piętra,
- zmiany w konstrukcji i wykonaniu otworów na okna fiks w ścianie południowej (2 szt.) za naświetle z luksferów,
- przerobienie starych barier z dostosowaniem ich do nowego układu funkcjonalnego,
- zmiany w aranżacji pomieszczenia sali bankiet parter (łuki i zabudowy),
- równanie sufitu i obudowa podciągów z zabudową instalacji wentylacji parteru w sali koniunkcyjnej na I - szym piętrze,

- budowa i wygradzenie pomieszczenia na rozdrabniacz w piwnicy,

- zmiany w wykończeniu powierzchni ścian i podłóg w pomieszczeniach piwnic (lamperie, płytki ściany i podłogi z cokołami i miejscowymi uzupełnieniami),

- wymiany i osadzenia dodatkowych drzwi wewnętrznych (dowód: zeznania pozwanego w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 02:55:30, 03:27:38, 03:33:04, opinia biegłego z zakresu budownictwa k. 515- 552, 613-620, 688-704, k. 743-752 akt, opinia ustna e-protokół z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:02:54-00:45:12).

Powyższe zakresy prac spowodowały wydłużenie wykonanie całego zadania o około 68 dni. Roboty nie wykonane, to zaoszczędzenie przez pozwanego czasu pracy o 6 dni roboczych (dowód: opinia biegłego z zakresu budownictwa k. 515- 552, 613-620, 688-704, k. 743-752 akt, opinia ustna e-protokół z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:02:54-00:45:12).

Pozwany zaniechał realizacji części robót, które w pierwotnej wersji umowy miały być realizowane przez pozwanego, i tu do nie wykonanych robót należy zaliczyć: wykonanie stołu z blatem z stali nierdzewnej ((pomieszczenie kuchni) , naświetla z pustaka szklanego (luksfer), montaż barier z stali nierdzewnej, ścian żelbetowych dla szybów wind, przygotowanie zbrojenia dla szybów wind , montaż daszku nad wejściem - 3.965,91 zł, co przystawce kalkulacyjnej 15 zł/rg daje ok. 264 rg pracy normowej. Pozwany mógł zaoszczędzić na braku realizacji tych robót około 1 tydzień kalendarzowy (dowód: opinia biegłego z zakresu budownictwa k. 515- 552, 613-620, 688-704, k. 743-752 akt, opinia ustna e-protokół z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:02:54-00:45:12).

Pozwany nie wykonał też: montażu osprzętu elektrycznego (kontakty, wyłączniki , elementy oświetlenia), montażu urządzeń i osprzętu sanitarnego (sedesy, umywalki, baterie i krany), montażu windy i platformy dla niepełnosprawnych, położył mniejszą ilość tapet, wykonał mniej metrów malowania, mniej położył płytek z piaskowca na powierzchni przyziemia elewacji zewnętrznej.

Natomiast w zakresie części zewnętrznej budynku pozwany wykonał roboty dodatkowe, w tym miejscowe naprawy nierówności podłoża z płyt styropianowych i przygotowanie powierzchni pod warstwę tynku cienkowarstwowego (miejscami na całej elewacji), wykonanie po szerokości strona północna i po długości strona wschodnia instalacji kanalizacji deszczowej z studniami narożnymi, dla których podłączono spływ wód opadowych z dachu, zwiększony zakres robót w zakresie obłożenia stopni i podstopni wejścia głównego, wykonanie elementów wystroju architektonicznego w pomieszczeniu baru z wejściem od strony południowej.

W czasie trwania umowy i realizacji robót przez pozwanego wprowadzono zmiany co do sposobu jak i zakresu wykonywanych robót. W okresie współpracy stron nie sporządzono dokumentów co do zmian jak i zakresów robót realizowanych na obiekcie. Przeprowadzone analizy robót wskazanych jako dodatkowe (nie objęte umownym zakresem prac) wpływały na organizację jak i na czas w jakim należało wykonać prace remontowo-modernizacyjne dla uzyskania nowej aranżacji jak i powierzchni budynku przy ul. (...) w P. z możliwością użytkowania go jako obiekt dla organizowania imprez okolicznościowych.

(dowód: opinia biegłego z zakresu budownictwa k. 515- 552, 613-620, 688-704, k. 743-752 akt, opinia ustna e-protokół z dnia 23 stycznia 2017r. czas 00:02:54-00:45:12).

Od 1 listopada 2015r. pozwany nie prowadzi działalności gospodarczej, ponieważ zbankrutował. Jest dłużnikiem banku na kwotę 170.000zł i osoby fizycznej na kwotę 50.000zł. W 2012r. dokonał podziału majątku z żoną i udział pozwanego został przepisany na żonę i dzieci. Pozwany nie posiada żadnego majątku, żadnych własnych dochodów, nie pracuje, pozostaje na utrzymaniu dzieci (dowód: zeznania pozwanego w e-protokole rozprawy z dnia 23 stycznia 2017r. czas 03:23:09).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy podnieść, że część ustaleń faktycznych została poczyniona na podstawie dokumentów prywatnych potwierdzających przebieg procesu inwestycyjnego, w tym na podstawie: umowy nr (...) z dnia 16 stycznia 2010 roku wraz z załącznikiem - kosztorysem ofertowym; aneksu nr (...) z dnia 8 lutego 2010 roku; aneksu nr (...) z dnia 15 marca 2010 roku; pisma pozwanego z dnia 7 maja 2010 roku; protokołu przekazania placu budowy z dnia 22 stycznia 2010 roku; dziennika budowy nr WU3 III (...) (tom 2) wydanego w dniu 23 kwietnia 2009 roku; protokołu końcowego odbioru robót budowlanych z dnia 9 września 2010 roku; protokołów częściowych odbioru robót budowlanych z dnia 12 maja 2010 roku, z dnia 31 maja 2010 roku, z dnia 9 lutego 2010 roku, z dnia 1 marca 2010 roku, z dnia 10 marca 2010 roku, z dnia 27 marca 2010 roku, z dnia 2 kwietnia 2010 roku, z dnia 4 maja 2010 roku, z dnia 15 czerwca 2010 roku, z dnia 21 lipca 2010 roku; faktur VAT nr (...) z dnia 9 lutego 2010 roku na kwotę 91500 złotych; nr (...) z dnia 1 marca 2010 roku na kwotę 50020 złotych; nr (...) z dnia 10 marca 2010 roku na kwotę 50020 złotych; nr (...) z dnia 27 marca 2010 roku na kwotę 24400 złotych; nr (...) z dnia 2 kwietnia 2010 roku na kwotę 85400 złotych; nr (...) z dnia 4 maja 2010 roku na kwotę 53680 złotych; nr (...) z dnia 15 czerwca 2010 roku na kwotę 24400 złotych; nr (...) z dnia 21 lipca 2010 roku na kwotę 61000 złotych; nr 14/10 z dnia 12 maja 2010 roku na kwotę 53680 złotych; nr 15/10 z dnia 31 maja 2010 roku na kwotę 24400 złotych; potwierdzeń przelewu z dnia 9 lutego 2010 roku; z dnia 9 marca 2010 roku; z dnia 11 marca 2010 roku; z dnia 31 marca 2010 roku; z dnia 12 kwietnia 2010 roku; z dnia 6 maja 2010 roku; z dnia 22 czerwca 2010 roku; z dnia 26 lipca 2010 roku; z dnia 14 maja 2010 roku; z dnia 1 czerwca 2010 roku; umowy nr (...) z dnia 23 lipca 2010 roku; faktury VAT nr (...) z dnia 23 lipca 2010 roku na kwotę 13176,00 złotych; faktury VAT nr (...) z dnia 6 września 2010 roku na kwotę 13176,00 złotych; faktury VAT nr (...) z dnia 12 listopada 2010 roku na kwotę 6588,00 złotych; potwierdzenia przelewów z dnia 2 sierpnia 2010 roku; potwierdzenia przelewów z dnia 29 września 2010 roku; potwierdzenie przelewu z dnia 23 listopada 2010 roku; umowy nr (...) z dnia 23 września 2010 roku; faktury VAT nr (...) z dnia 12 listopada 2010 roku na kwotę 4016,24 złotych; potwierdzenia przelewu z dnia 23 listopada 2010 roku; wezwanie pozwanego do końcowego odbioru robót budowlanych z dnia 29 listopada 2010 roku wraz z potwierdzeniem nadania; wezwanie kierownika budowy do złożenia oświadczenia o zakończeniu prac z dnia 11 stycznia 2011 roku wraz z potwierdzeniem nadania; zawiadomienia o zakończeniu budowy i przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego z dnia 11 stycznia 2011 roku; protokołu z kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 28 stycznia 2011 roku; decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 21 lutego 2011 roku; wezwania do zapłaty z dnia 6 lipca 2012 roku wraz z potwierdzeniem nadania; pisma pozwanego z dnia 13 lipca 2012 roku.

Mimo przedłożenia wskazanych dokumentów, jak wynika z analizy materiał dowodowy zaoferowany przez strony procesu zawierał braki. W poczet materiału dowodowego żadna ze stron nie załączyła dokumentów o które występował biegły (treść powiadomienia k. 515). Strona powodowa nie okazała i nie udostępniła dokumentacji projektowej, a pozwany szczegółowych obmiarów wykonanych robót jak i z zakresu robót, które zostały zaniechane lub zamienione z umówionego zakresu prac. Biegły podkreślił, że wnioski które sformułował są oparte o posiadany udostępniony materiał, który miał w dyspozycji. W związku z tym, podjął decyzję, że dokona eksperckiego oszacowania czasu jaki był niezbędny na roboty, które zostały przez biegłego zaobserwowane, a ich status można było uznać za dodatkowy po analizie zapisów zakresu robót zawartych w kosztorysie (ofercie). Biegły stwierdził, że szczegółowej analizie nie jest w stanie przeprowadzić w oparciu o zgromadzony materiał, czyli bez pełnej rzetelnej dokumentacji projektowej, jak i pełnej ewidencji zmian dokonanych w stosunku do tej dokumentacji oraz szczegółowego obmiaru robót, który winien być opracowany na etapie ich realizacji oraz zakresu i stanu wykonania robót przez poprzedniego (przed pozwanym) wykonawcy. Udostępniona dokumentacja z okresu współpracy stron procesu nie zawiera informacji o stanie robót w momencie przekazania placu budowy po poprzedni wykonawcy, nie opisuje elementów budynku, które wymagają robót poprawkowych czy naprawczych, nie zawiera składu jednostkowego wraz z opisem miejsca ich wykonania. Zebrany materiał w sprawie zdaniem biegłego nie pozwala na szczegółowe i precyzyjne oszacowanie czasu niezbędnego dla wykonania robót dodatkowych, imiennych jak i ewentualnych oszczędności w okresie trwania umowy za czynności których wykonanie zaniechano lub wykonano na bezpośrednie zlecenie inwestora - powódki. Biegły sformułował stanowisko, że najważniejszym na obecnym etapie stanu zebranego materiału jest eksperckie określenie czasu jaki należało poświęcić na zrealizowanie inwestycji jako całości.

Mając na uwadze powyższą analizę biegłego, należało uznać, że wnioski z tej opinii można co najwyżej pomocniczo wykorzystać w ustaleniu stanu faktycznego, nie mają one zasadniczego wpływu na treść rozstrzygnięcia, tym bardziej że istotne okoliczności po przesłuchaniu stron, są bezsporne, a mianowicie:

- pozwany prowadził profesjonalną firmę budowlaną,
- przed zawarciem umowy doszło do oględzin obiektu i analizy zakresu prac, ich kosztów oraz czasu potrzebnego do wykonania tych prac,
- umowa główna pisemna nie zawierała dodatkowych prac objętych aneksami,
- prace dodatkowe zostały przewidziane w aneksach nr (...) bez ich szczegółowego określenia co do przedmiotu i czasu ich wykonania i chodziło zasadniczo o prace, których nie można było przewidzieć po dokonaniu oględzin obiektu (w dacie zawarcia umowy pisemnej),
- po zawarciu dodatkowych aneksów nr (...), a więc po określeniu konieczności wykonania dodatkowych robót, sam pozwany powinien mieć już wiedzę na temat, chociażby szacunkowego czasu potrzebnego do ich wykonania,
- przy zawarciu aneksów nr (...), które logicznym jest, że zwiększały zakres zadań, pozwany w ogóle nie wnioskował o przedłużenie terminu do wykonania prac,
- dopiero w maju 2010 r. na wniosek pozwanego został wydłużony termin wszystkich prac pozwanego z umowy głównej i aneksów, co zresztą wynika z jego treści (prace wewnątrz budynku i na zewnątrz budynku); gdyby chodziło jedynie o prace z umowy głównej, to byłby kolejny dowód na brak profesjonalizmu pozwanemu w określeniu czasu potrzebnego na wykonanie prac podstawowych,
- po upływie terminu czerwcowego pozwany nie wnioskował już o kolejne przedłużenie terminu wykonania umowy ani w zakresie umowy głównej, ani w zakresie prac dodatkowych,
- sam pozwany przyznał, że wykonał prace około 3 miesiące po terminie umownym,
- odbiór odbył się w dniu 9 września 2010 r. i bez względu na zakres stwierdzonych usterek, nie jest okolicznością kwestionowaną przez pozwanego, że nie pojawił się już na budowie i nie usuwał żadnych usterek chociażby nawet w minimalnym zakresie, mimo wezwań powódki.

Przy takich okolicznościach sprawy wniosek biegłego, że dodatkowe prace wydłużyły czas realizacji umowy o około 68 dni, co najwyżej może być potraktowany jako czas potrzebny do wykonania prac dodatkowych- czas, który mimo profesjonalizmu pozwanego nie został przewidziany i czas, o który pozwany mimo doświadczenia zawodowego i profesjonalizmu nie wnioskował przy aneksie nr (...). Nawet po jego zawarciu, również nie starał się o jego przedłużenie, mając wiedzę, że w umowie zastrzeżone są kary umowne na wypadek nieterminowego wykonania prac. Trafnie powódka podniosła, że biegły przyjął bezpodstawne założenie, że w chwili zawierania aneksów strony nie znały zakresu koniecznych robót dodatkowych, co nie może być prawdą zgodnie z zasadami logiki, bo ile powódka jako nieprofesjonalista w sprawach budowlanych mogła nietrafnie szacować potrzebny czas do przedłużenia umowy to pozwany, jako zobowiązany do posługiwania się wiedzą techniczną powinien umieć oszacować potrzebny okres. Tymczasem, biegłemu umknął fakt, że w chwili podpisywania aneksów do umowy w marcu i w maju 2010 r., poza aneksem lutowym, stan budowy był już na tyle zaawansowany, że umożliwiał z pewnością pozwanemu ocenę sytuacji. Biegły pominął przede wszystkim brzmienie § 4 umowy. Z pkt 2 wynika jasno, że w chwili podpisywania umowy pozwanemu znana była kwestia ewentualnych zmian w przedmiocie sposobu realizacji stropu nad salą taneczną, nie może zatem twierdzić, że ewentualnego oczekiwania na zmiany projektowe nie brał pod uwagę przy podpisywaniu umowy. Powódka, na podstawie § 4 ust. 1, który przewidywał możliwość przedłużenia terminu umowy, jeżeli nie można go było dotrzymać z przyczyn zależnych od zamawiającego, podpisała w dniu 7 maja 2010 r. aneks nr (...), zgadzając się na zaproponowany przez pozwanego okres przedłużenia terminów wykonania prac. Biegły nie

wyjaśnił zatem korzystając ze swojej wiedzy specjalnej, czy w chwili podpisywania aneksu pozwany mógł przewidzieć, jakie prace będą jeszcze do wykonania, w jakim koniecznym czasie, czy były jeszcze jakieś okoliczności związane z procesem budowlanym, które mu to uniemożliwiły i jakie. Pozwany w tym zakresie, co do udowodnienia wskazanych okoliczności, nie wykazał należytej inicjatywy dowodowej. Pamiętać zaś należy, że statuowany przez art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy nie tylko jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako obowiązek obarczenia jej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności; tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. II CSK 293/07, Lex 487510).

Należy zaznaczyć, że wynagrodzenie pozwanego za dodatkowe prace, jego wysokość i wymagalność w tym procesie nie mogły przedmiotem dokładnej analizy i oceny, bowiem pozwany nie dochodził ich zasądzenia-powództwo wzajemne zostało zwrócone.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się częściowo zasadne.

Zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy z dnia 16 stycznia 2010 roku wykonawca zobowiązany był do zapłaty na rzecz zamawiającego karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy raz opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w przedmiocie umowy. W każdym wypadku kara umowna wynosiła 0,5% wynagrodzenia należnego wykonawcy za każdy dzień zwłoki .

Należy podkreślić, że w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867). Kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego, w jakiej wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98, LEX nr 527125). Należy się ona więc bez względu na wysokość szkody. W konsekwencji wierzyciel, nawet jeżeli poniósł niewielki uszczerbek majątkowy związany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, może żądać zapłaty kary umownej. Co więcej, zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (vide: uchwała SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69).

Zgodnie z art. 476 k.c. zd. I, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z treści powyższego przepisu wynika zatem, że ze stanem zwłoki, tzw. opóźnieniem kwalifikowanym, mamy do czynienia wtedy, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Ustawa wprowadza domniemanie, zgodnie z którym niewykonanie przedmiotu umowy w terminie jest spowodowane zwłoką. Zwolnienie się z odpowiedzialności wymaga zatem wykazania przez dłużnika, że opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (vide: Z. Gawlik, Komentarz do art.476 Kodeksu cywilnego [w:] Kidyba A. (red.), Gawlik Z., Janiak A., Kozieł G., Olejniczak A., Pyrzyńska A., Sokołowski T., Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, opubl. LEX 2014).

W sytuacji, gdy strony umowy przewidziały kary umowne za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy (rozumianego jako całości robót) to wierzyciel nie ma prawa do naliczania kar umownych za faktyczny okres opóźnienia albowiem art. 476 k.c. przez zwłokę rozumie tylko takie opóźnienie, które jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2013r., IV CSK 299/12, LEX nr 1314429).

W związku z tym w przedmiotowej powódka była uprawniona do naliczenia pozwanemu kary umownej tylko za okres opóźnienia spowodowany okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność. Pozwany nie wykazał o czym był mowa, w jakim zakresie i w jakim czasie mógłby zwolnić się z odpowiedzialności za zwłokę w spełnieniu świadczenia, tym bardziej, że miernik staranności zgodnie z art. 352 § 2 k.c. wymagany od podmiotu profesjonalnie zajmującego się tego rodzaju działalnością nakazuje profesjonalnie zaplanować front robót, ilość pracowników, wkalkulować ryzyko pogodowe oraz czas potrzebny na drobne zmiany projektowe .

Opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy- przy braku wykazania przez pozwanego okoliczności o których była już mowa- było zawinione przez pozwanego, który nie zachował przy realizacji umowy należytej staranności.

W przedmiotowej sprawie oprócz opóźnienia w wykonaniu umowy, problematycznym jest zakres rzeczowy wykonanych przez pozwanego prac i ich wartość, nawet gdyby przyjąć, że opóźnienia nie obciążają powoda.

Trafnie jednakże podnosi pozwany, że naliczona przez powódkę kara umowna jest rażąco wysoka, nawet przy przyjęciu, że powódka dochodzi jedynie połowy należnej jej kary umownej.

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

W przedmiotowej sprawie naliczona cała kara umowna jest niewiele większa niż wynagrodzenie pozwanego z kontraktu, a dochodzona i tak stanowi istotną część wynagrodzenia. Sąd podziela pogląd, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (vide wyrok S.A. w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. V ACa 483/08, Lex 491137).

Należy też mieć na uwadze, że pozwany wykonał prawie w całości umowę, pominięty zakres umowy jest niewielki. Pozwany zrezygnował z dochodzenia wynagrodzenia dodatkowego i dokładnego rozliczenia tych prac (abstrahując w tym miejscu od rozliczenia powódki), powódka mogła użytkować częściowo obiekt jeszcze w trakcie wykonywania prac, a i ostatecznie obiekt został dopuszczony do użytkowania.

Wreszcie za miarkowaniem kary umownej przemawia fakt, że aktualnie pozwany znajduje się w złej sytuacji majątkowej. Pozwany nie prowadzi działalności gospodarczej, nie ma majątku i nie ma dochodów.

Mając na uwadze powyższe, Sąd dokonał miarkowania kary umownej do kwoty 50.000zł, a w pozostałym zakresie powództwo zostało oddalone jako bezzasadne.

Koszty procesu zostaną rozliczone przez referendarza sądowego po prawomocnym zakończeniu sprawy (art. 108 k.p.c.).

ZARZĄDZENIE

1. Odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron,
2. Uzasadnienie sporządzone przez sędziego,
3. Protokoły rozpraw z dnia 20 listopada 2013r., 16 kwietnia 2014r., 8 grudnia 2014r. przekazać do transkrypcji w całości.