

Sygn. akt **IC 2128/11**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2014r.

Sąd Okręgowy w Płocku Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący SSO Renata Szatkowska

Protokolant: sekretarz sądowy Anna Bogacz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2014r. w P.

***sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w C.***

***przeciwko Gminie S.***

***o zapłatę***

1. oddala powództwo,
2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w C. na rzecz Gminy S. kwotę 3617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,
3. nakazuje pobrać od (...) Spółki Akcyjnej w C. na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w Płocku kwotę 4667,03 zł (cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt siedem złotych trzy grosze) tytułem zwrotu wydatków.

***IC 2128/11***

## UZASADNIENIE

(...) S.A. w C. wniósł o zasądzenie od Gminy S. kwoty 91.500 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 29 stycznia 2011r. do dnia zapłaty. Wskazał, iż dochodzi kwoty wynikającej z faktury nr (...)r. na kwotę 122.000 zł, pomniejszonej o karę umowną za nieterminowe oddanie przedmiotu umowy w wysokości 25 % .

Pozwana gmina wniosła o oddalenie powództwa. Podała, iż w grudniu 2010r. nie doszło do odbioru końcowego zamówienia, gdyż nie była wykonana całość prac , a poza tym, prace miały wady, których wykonawca nie usunął, mimo wezwania z maja 2011r. , a wady te są istotne.

W piśmie z dnia 22 listopada 2011r. pozwany zgłosił zarzut potrącenia kwoty 76.048,16 zł, stanowiącej równowartość kosztów rozebrania i ponownego wykonania nawierzchni placu zabaw przy SP w P.. Na rozprawie w dniu 5 grudnia 2011r. cofnął powyższy zarzut potrącenia.

Na wniosek pozwanego zawiadomiono K. Z. o możliwości przystąpienia do niniejszego procesu w charakterze interwenienta ubocznego. Mimo prawidłowego zawiadomienia, nie zgłosiła ona udziału w sprawie.

***Sąd ustalił, co następuje:***

W dniu 17.09.2010r. Gmina S. i osoba podająca się za K. Z. zawarli w trybie ustawy Prawo zamówień Publicznych umowę o wykonanie inwestycji pn. „Zaprojektowanie i budowa placu zabaw przy szkole podstawowej im. A. M. w P.” . Termin wykonania prac ustalono na dzień 29.10.2010r. , a wynagrodzenie na kwotę 122.000 zł brutto. W § 2 określono,

iż wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z założeniami rządowego programu „Radosna szkoła” oraz warunkami technicznymi wynikającymi z przepisów technicznych i prawa budowlanego. W § 3 umowy wskazano, iż po całkowitym wykonaniu zamówienia wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego, a zamawiający zobowiązany jest przystąpić do odbioru końcowego w terminie 3 dni od zgłoszenia; zakończenie prac odbiorowych zostanie potwierdzone spisaniem końcowego protokołu odbioru robót, data wykonania zamówienia rozumiana jest jako termin bezusterkowego odbioru końcowego i ostateczne przekazanie obiektu użytkownikowi. W § 6 zastrzeżono w ramach gwarancji tryb reklamacji usterek w terminie 7 dni od daty ujawnienia usterki ( v. k.13-17 umowa nr (...)).

Szczegółowe warunki zamówienia określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( v. k. 55 – 64 SIWZ).

Przed podpisaniem umowy pracownicy gminy nie sprawdzili tożsamości osoby, która podała się za K. Z. ( v. k. 242 zeznania świadka, A. Ż., k. 209 zeznania wójta, J. S. ) .

W rzeczywistości umowy nie podpisała K. Z., w jej imieniu podpis złożyła jej matka, E. P., ona zajmowała się wszystkimi sprawami związanymi z realizacją inwestycji, była umocowana przez córkę do działania w jej imieniu w sprawach firmy. Nie uprzedziła jednak nikogo, że nie jest K. Z., że tylko działa w jej imieniu ( v. k. 269- 272 oraz k. 301-303 opinia biegłego, M. J. (1), k. 242 oraz k. 253- 254 zeznania świadka, A. Ż., k. 202 zeznania świadka, K. Z.).

W połowie października 2010r. wykonawca rozpoczął prace, najpierw wykonał podłoże, później, tj. w listopadzie zamontował urządzenia placu i przerwał prace ( v. k. 181-182 zeznania świadka, A. J.). A. Ż., odpowiedzialny w imieniu inwestora za czuwanie nad prawidłowym przebiegiem prac, informował wójta, iż prace zostały rozpoczęte późno. Wykonawca sygnalizował wójtowi, że nie może zdobyć odpowiednich płyt na nawierzchnię, zabawek, a także zabawek, przewidzianych w projekcie ( v. k. 210 zeznania wójta, J. S.).

W dniu 21.12.2010r. przedstawiciel Ministerstwa Edukacji Narodowej przeprowadził kontrolę placu zabaw przy SP w P.; w protokole stwierdził, iż plac zabaw jest w trakcie realizacji, pozostało ułożenie nawierzchni amortyzacyjnej z płyt, wszelkie pozostałe urządzenia są zainstalowane i zgodne z projektem ( v. k. 19-21- protokół kontroli szkolnego placu zabaw z 21 grudnia 2010r.).

Następnego dnia pracownicy wykonawcy ułożyli nawierzchnię placu zabaw. E. P. poleciła ułożenie płyt, mimo, iż warunki atmosferyczne były niekorzystne; padał śnieg, był 11 stopniowy mróz, obawiała się jednak, że inwestor „ zerwie umowę” z powodu przekroczenia terminu jej wykonania; zdecydowała, że wiosną poprawi nawierzchnię. Dyrektor szkoły, A. J. zwołała komisję, w skład której weszła ona, A. Z. jako inspektor nadzoru ze strony gminy i M. J. (2) jako kierownik Referatu (...) gminy, by stwierdzić, co zostało już wykonane w ramach przedmiotowej inwestycji. Komisja stwierdziła, iż prace nie zostały wykonane w terminie, iż inwestycja nie posiada wad, jakość prac dobra oraz że inwestycja będzie gotowa do eksploatacji po wykonaniu prac:- trawnika wokół placu zabaw, - zamontowaniu ławki i kosza,- uporządkowaniu terenu, do 30 kwietnia 2011r. Komisja stwierdziła, że prac tych nie można było wykonać z uwagi na warunki atmosferyczne. Protokół sporządzony przez komisję nosi nazwę „protokół odbioru końcowego inwestycji pod nazwą ....”. Taki wzór protokołu A. J. znalazła w internecie, nie wie, dlaczego posłużyła się takim wzorem. Członkowie komisji nie sprawdzili, czy nawierzchnia została ułożona prawidłowo, ponieważ padał śnieg, nie wiadomo jednak, dlaczego w protokole potwierdzili dobrą jakość prac i brak jakichkolwiek wad. Wójt nie upoważniał żadnego z członków komisji do dokonania odbioru końcowego prac. K. Z. nie zgłaszała gminie zakończenia prac i gotowości ich odbioru ( v. 16-17 protokół z dnia 22.12.2010r, k. 182 zeznania świadka, A. J., k. 180 zeznania świadka, A. Ż., k. 183-184 zeznania świadka, M. J. (2), k. 184-185 zeznania świadka, A. Z., k. 203- 204 zeznania świadka, E. P., k. 209 zeznania wójta, J. S.).

Do gminy następnego dnia wpłynęła informacja, że zebrała się komisja i sporządziła protokół powyższej treści. Wójt zdecydował, że należy poczekać na dokończenie prac w terminie wskazanym w tym protokole. ( v. k. 180 zeznania świadka, A. Ż.).

W dniu 29.12.2010r. do pozwanego wpłynęła faktura nr (...), wystawiona tego samego dnia przez K. Z. za prace z przedmiotowej umowy na kwotę 122.000 zł ( v. k. 25 faktura nr (...)). Należność nie została zapłacona ( v. okoliczność niesporna).

Na początku marca 2011r. pracownicy firmy (...) sprawdzili stan nawierzchni placu i stwierdzili, iż płyty ułożone są nierówno i są szczeliny między płytami. Zdjęli część nawierzchni z płyt, ułożyli nową warstwę tłucznia i żwiru i położyli na nowo płyty, zamontowali ławkę, kosz, posiali trawę, posadzili krzewy. W dniu 22 marca 2011r. do dyrektora szkoły zgłosiła się E. P., zażądała potwierdzenia, że prace zostały wykonane. W tym samym dniu A. J. sporządziła notatkę, w której stwierdziła, iż wszystkie prace wymienione w protokole z 22 grudnia 2010r. zostały wykonane do dnia 22.03.2011r. oraz że zapłata nastąpi po przeprowadzeniu kontroli inwestycji przez MEN. Dyrektor szkoły oglądała nowo położoną nawierzchnię, widziała nierówności, jednak padał deszcz i śnieg i nie mogła ocenić, czy nawierzchnia została prawidłowo ułożona ( v. k. 18 notatka z 22 marca 2011r.k. 182-183 zeznania świadka, A. J., k. 204 zeznania świadka, E. P. ).

Ok. 20 marca 2011r. A. J. zauważyła, że nawierzchnia z płyt jest nierówna, że widoczne są szczeliny pomiędzy płytami, a także szczeliny przy obróbce zamontowanych urządzeń. Zadzwoiła do wójta i zawiadomiła go o swoich spostrzeżeniach. Za kilka dni, tj. w dniu 27.04.2011r. wójt oraz pracownicy pozwanej gminy, A. Z. – inspektor nadzoru i M. J. (2)- kierownik Referatu (...), a także dyrektor SP w P. dokonali oględzin placu zabaw. Oględziny odbyły się bez udziału wykonawcy. Stwierdzono, iż nawierzchnię z płyt gumowych wykonano niestarannie i nierówno, podłoże pod nawierzchnią również, widoczne są szczeliny między płytami, a podczas poruszania się po nawierzchni wyczuwa się nierówności. Widoczne były odbarwienia niektórych fragmentów płyt, pomiędzy płytami wyrastała trawa. Wójt postanowił zgłosić wykonawcy prace do poprawienia ( v. k. 88 protokół z dnia 27 kwietnia 2011r., k. 183 zeznania świadka, A. J., k. 185 zeznania świadka, A. Z.).

K. Z.zawarła w dniu 10 maja 2011r. z (...) S.A.w C.umowę windykacji powierniczej wierzytelności z tytułu przedmiotowej inwestycji, na mocy której (...) S.A.zobowiązał się do prowadzenia działań w celu odzyskania od dłużnika wierzytelności i wpłaty na rachunek K. Z., pomniejszonej o kwotę wynagrodzenia dla (...) S.A.. Strony umowy ustaliły, iż (...) S.A.może pozywać dłużników przed sądem o zapłatę i egzekwować należne m kwoty wierzytelności ( v. k. 26-31 i k. 33-35 umowa windykacji powierniczej z 10 maja 2011r.).

Pismem z dnia 12 maja 2011r. (...) S.A. wezwał pozwanego do zapłaty należności z faktury nr (...)r. w kwocie 122.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami, wskazała w piśmie fakt dokonania cesji wierzytelności ( k. 32 wezwanie do zapłaty z 12 maja 2011r.).

W odpowiedzi, skierowanej i do K. Z., i (...) S.A., gmina wskazała, iż nie ułożono nawierzchni i z tej przyczyny MEN zakwestionowało wykonanie inwestycji, zażądała usunięcia wad nawierzchni, tj. wyrównania podłoża pod nawierzchnią z płyt gumowych, wyrównania ułożenia nawierzchni z płyt gumowych, likwidacji szczelin pomiędzy płytami - do 31 maja 2011r. Gmina odmówiła jednocześnie zapłaty żądanej kwoty z powodu niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków umownych ( v. k. 89 -90 pismo pozwanego z dnia 12 maja 2011r.). Pismo to zostało odebrane przez adresatów ( v. k.92 potwierdzenie odbioru korespondencji). Pismo tej samej treści pozwany przesłał w dniu 23 maja 2011r. ( v. k. 36-37).

Pismem z 27 maja 2011r. K. Z. poinformowała gminę, że inwestycja została odebrana protokołem końcowym z dnia 22 grudnia 2010r., że w dacie kontroli przez MEN, tj. 21.12.2010r. zostało do ułożenia ok. 30 m<sup>2</sup> płyt i zostały one ułożone 22.12.2010r., co potwierdziła komisja w dniu 22.12.2010r., wskazała ponadto, iż zamawiający nie zgłosił w terminie, wynikającym z umowy , wad wykonanych prac. K. Z. uznała, że najpierw gmina powinna zapłacić jej za wykonane prace, a dopiero potem ona usunie zgłoszone usterki ( v. k. 97 – 98 pismo K. Z. z 27 maja 2011r., k. 203 zeznania świadka, K. Z.).

W dniu 17 czerwca 2011r. przedstawiciele gminy dokonali oględzin placu zabaw, na oględziny nie stawił się nikt w imieniu wykonawcy. Tego samego dnia w UG odbyło się spotkanie przedstawicieli pozwanego i przedstawiciela

K. Z. w sprawie oceny obiektu i usunięcia wad robót. Przedstawiciel wykonawcy zadeklarował gotowość usunięcia wad robót w trybie zgłoszenia reklamacji, następnie opuścił spotkanie, zapowiadając proces o zapłatę. Treść notatki pozwany przesłał do wiadomości wykonawcy i powodowi ( v. k. 101- 121 notatka służbowa z 17 czerwca 2011r.wraz z załącznikami, k. 180-181 zeznania świadka, A. Ż., k. 204 zeznania świadka, E. P. ).

Pismem z 28 czerwca 2011r. wykonawca inwestycji ponaglił pozwanego do zapłaty faktury ( v. k. 99 pismo K. Z. z 28 czerwca 2011r.).

W lipcu i sierpniu 2011r. przedstawiciel (...) dwukrotnie przeprowadził kontrolę placu zabaw; stwierdził szereg nieprawidłowości, w tym wadliwy montaż nawierzchni, tj. braki w łącznikach, nieodpowiednią podbudowę, brak odpowiedniej amortyzacji. W protokołach kontroli zawarł konkluzję, że plac jest niezgodny z warunkami programu (...) ( v. k. 125 – 128 i k. 133-135 protokoły MEN z kontroli placu zabaw).

W listopadzie 2011r. na zlecenie pozwanego A. Z. sporządził kosztorys rozbiórki i ponownego wykonania nawierzchni placu zabaw ( v. k. 147- 157 kosztorys).

Nawierzchnia placu zabaw ma szereg wad i usterek :

- nierówny podkład pod płytami gumowymi, co skutkuje nierównością nawierzchni gumowej, ponadto brak jest kołków łączących , co jest przyczyną odkształceń i przemieszczeń płyt,
- za mała strefa bezpiecznego upadku odnośnie urządzenia zabawowego IZA,
- powierzchnia placu jest nierówna, pofałdowana,
- źle ukształtowane spadki ,
- poszczególne płyty są poodkształcane i odbarwione,
- część płyt przy obwodzie przy obrzeżu betonowym jest zagłębiona, co tworzy niebezpieczne progi o wysokości do 25 mm,
- poziomy krawędzi stykających się płyt gumowych są wzajemnie zróżnicowane, tworzą progi o wysokości do 20 mm, utrudniając chodzenie,
- niestarannie wytyczone wymiary placu, długość placu nie stanowi wielokrotności płyt, co spowodowało konieczność wstawiania pasków płyt, niestabilnych i nieestetycznych,
- obrzeża trawnikowe zamontowano ukosowi krawędzią do wewnątrz placu, powodując na całym obwodzie powstanie na styku obrzeża z płytami rowka uniemożliwiającego spływanie wody,
- niewłaściwie uformowano trawnik , gdyż na części obwodu placu znajduje się on powyżej obrzeża i powierzchni placu.

Plac nie nadaje się do użytku. W celu usunięcia wad należy zdemontować wszystkie warstwy podłoża do piasku zagęszczonego, ułożyć geowłókninę oraz ułożyć pozostałe warstwy zgodnie z projektem. Płyty gumowe są trwale odkształcone i odbarwione, nie nadają się do ponownego użytku. Obrzeża placu należy zdemontować i zamontować prawidłowo ( v. k. 347- 364 opinia biegłego, J. K.).

Większość powyższych wad, takich jak: nierówność nawierzchni, niewłaściwe zamontowanie obrzeży trawnikowych, niewłaściwe uformowanie spadków nawierzchni placu i trawnika, jest wynikiem niestarannego i niezgodnego z dokumentacją projektową wykonania robót. Upływ czasu nie miał wpływu na powstanie tych wad. Wady polegające na nierównościach podłoża z powodu niewłaściwych spadków placu i trawników, mogły się pogłębić w wyniku napływu, penetracji i zastoin wody deszczowej. Przyczyną powstania nierówności placu i ewentualnego ich pogłębienia, poza wykonaniem warstw niezgodnie z projektem, mogło być również niewłaściwe zagęszczenie podkładów. Odbarwienie i

odkształcenie płyt gumowych mogło wynikać z faktu, że płyty przez cały czas pracowały w warunkach trudniejszych niż na prawidłowo wykonanym podłożu; nierówności podkładu powodowały, że płyty przyjmowały kształt nierówności, niewłaściwie wykonane spadki oraz brak możliwości prawidłowego odpływu wody deszczowej, dodatkowo napływ wody z trawników, zastoiny, wielokrotne cykle zamarzania o rozmrażania nasiąkniętych płyt, powodowało ich uszkodzenie, odkształcenie i odbarwienie. Na obecny stan płyt mogła mieć wpływ ich jakość. Gmina S. nie jest położona na terenach narażonych na ruchy i przemieszczenia, nie występują w regionie szkody górnicze ani inne, mogące wpływać destrukcyjnie na obiekty budowlane. Nie występował w pobliżu inwestycji intensywny ruch ciężkich pojazdów, emitujących nadmiernie drgania, mogące wpływać na stan podbudowy nawierzchni placu ( k.383 – 388 uzupełniająca opinia biegłego, J. K.).

W dniu 5 marca 2013r. K. Z. złożyła pisemne oświadczenie, iż potwierdza, że umowę z dnia 17 września 2010r. zawarła E. P. działając z jej upoważnienia ( v. k. 318 oświadczenie pisemne K. Z. z dnia 5 marca 2013r., k.323 zeznania świadka, K. Z.).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie zeznań przesłuchanego w charakterze pozwanego, wójta Gminy S., J. S.( k. 209- 2011, k. 339), zeznań świadków: A. J.( k. 181- 183), A. Ż.( k. 180- 181, k. 242, k. 253- 254 ), M. J. (2)( k. 183-184), A. Z.( k. 184-185), częściowych zeznań świadka K. Z.( k. 202- 203, k. 323) i świadka, E. P.( k. 203-205), a także w oparciu o dokumenty w postaci : umowy nr (...)( k. 13-17), protokołu kontroli (... )z 21 grudnia 2010r. ( k. 19-21), protokołu z dnia 22 grudnia 2010r. ( k. 16-17), notatki z 22 marca 2011r. ( k. 18), protokołu z dnia 27 kwietnia 2011r. ( k. 88), faktury nr (...)( k. 25), umowy windykacji powierniczej z 10 maja 2011r. ( k. 26-31 i k. 33-35), wezwania do zapłaty z 12 maja 2011r. ( k. 32), pisma pozwanego z dnia 12 maja 2011r. ( k. 89-90) i z dnia 23 maja 2011r. ( k. 36-37), specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( k. 55- 64), potwierdzenia odbioru korespondencji ( k. 92), pism K. Z.z 27 maja 2011r. ( k. 97- 98) i z 28 czerwca 2011r. ( k. 99), notatki służbowej z 17 czerwca 2011r. z załącznikami ( k. 101-121), protokołów (...) z kontroli placu zabaw ( k. 125 – 128 i k. 133-135), kosztorysu ( k. 147 – 157), opinii biegłego, J. K.( k. 347- 364 oraz k. 383-388), opinii biegłego, M. J. (1)( k. 269- 272 oraz k. 301-303), pisemnego oświadczenia K. Z.z dnia 5 marca 2013r. ( k. 318).

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków, K. Z. i E. P., iż przedmiotową umowę podpisała K. Z.. Z opinii biegłego wynika, iż podpis pod umową nie został złożony przez K. Z.. Ponadto, świadek, A. Ż., który był przy podpisaniu umowy i widział kobietę, która składała podpis pod umową, zaprzeczył, aby była to K. Z., którą widział w sądzie, kiedy zeznawała w charakterze świadka, stwierdził zaś jednoznacznie, że umowę podpisała E. P.; potwierdził swoje zeznania na temat podczas konfrontacji z E. P..

Za niezasadny uznano wniosek pozwanego, by zakresem opinii biegłego objąć także kwestie, czy obiekt nadaje się do rozliczenia finansowego stron i jakie roboty oraz w jakim zakresie należy wykonać, by odebrać obiekt i by doprowadzić do jego użytkowania. Okoliczności powyższe nie mają bowiem znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy; istotą sprawy była kwestia, czy prace, wykonane przez firmę (...) są właściwej jakości, czy też dotknięte są wadami i czy jest to taki rodzaj wad, że uprawniał pozwanego do odmowy wypłaty wynagrodzenia za ich wykonanie.

Nie przeprowadzono dowodu z przesłuchania przedstawiciela powoda w charakterze strony, gdyż- wg oświadczenia pełnomocnika- powód nie posiada informacji na temat realizacji przedmiotowej inwestycji.

### **Sąd zważył, co następuje:**

K. Z. mocą umowy windykacji powierniczej przeniosła na rzecz powoda wierzycelność, przysługującą jej z tytułu wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie umowy z 17 września 2010r. (...) S.A. jest zatem uprawniony do dochodzenia powyższej wierzycelności od pozwanego na drodze sądowej ( § 3 pkt 13 umowy), natomiast pozwany, odmawiając zapłaty tej należności, może korzystać z wszelkich zarzutów, jakie miał przeciwko K. Z. w chwili powzięcia wiadomości o przelewie ( art. 513 § 1 kc).

Pozwana gmina podniosła, iż wykonane przez K. Z. prace, dotknięte są taki wadami, które powodują, że plac zabaw nie nadaje się do użytkowania i z tej przyczyny odmówiła zapłaty umówionego wynagrodzenia. Powołała się więc

na instytucję rękojmi za wady dzieła. Z art. 637 kc w zw. z art. 656 kc wynika, że jeżeli roboty budowlane mają wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy; gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, to samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Na mocy odesłania z art. 638 w zw. z art. 656 kc, do rękojmi za wady robót budowlanych odpowiednie zastosowanie mają przepisy o rękojmi przy sprzedaży.

Pozwany uznał, że roboty dotknięte są wadami i wezwał wykonawcę do ich usunięcia, wyznaczył termin, jednak wykonawca nie usunął wad we wskazanym terminie, stąd zamawiającemu służy uprawnienie do odstąpienia od umowy, jeśli wady są istotne lub uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia, jeśli wady są nieistotne.

Stąd też decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miała okoliczność, czy roboty budowlane, wykonane przez K. Z., dotknięte są wadami i czy są to wady istotne, czy nieistotne.

Z opinii biegłego wynika jednoznacznie, iż roboty związane z wykonaniem placu zabaw przy SP w P., zostały wykonane niestarannie i niezgodnie z dokumentacją projektową, mają szereg wad i są to wady istotne, powodujące, że plac nie nadaje się do użytku; w celu usunięcia wad należy zdemontować wszystkie warstwy podłoża do piasku, ułożyć geowłókninę i ułożyć pozostałe warstwy zgodnie z projektem, płyty gumowe są trwale odkształcone i nie nadają się do ponownego użytku, a obrzeża placu należy zdemontować i ułożyć prawidłowo. Biegły wskazał, iż na wystąpienie tych wad nie miał wpływu czas, jaki upłynął od chwili wykonania prac, ani też naturalne czynniki środowiskowe.

Dlatego też zasadne było żądanie pozwanego usunięcia wad, a następnie odmowa zapłaty wynagrodzenia wykonawcy po upływie terminu określonego dla usunięcia wad, skoro wady nie zostały usunięte, a okazały się istotne.

Zamawiający wykrył wady w dniu 27 kwietnia 2011r., kiedy dokonano oględzin placu zabaw z udziałem wójta gminy; zawiadomił o wadach wykonawcę pismem z dnia 12 maja 2011r., doręczonym w dniu 13 maja 2011r., więc przed upływem terminu wskazanego w art. 563 §1 kc.

Wprawdzie pozwany nie przedstawił jednoznacznie ani wykonawcy, ani powodowi swojego stanowiska, iż odstępuje od umowy z uwagi na istnienie wad wykonanych prac, jednakże z notatki służbowej z dnia 17 czerwca 2011r. wynika wprost, iż gmina odmawia zapłaty za wykonane prace, gdyż wykonawca nie usunął zgłoszonych mu wad dzieła, a obiekt zagraża bezpieczeństwu dzieci. Z treści tego pisma, które przesłano wykonawcy i powodowi można wnioskować, że gmina odmawia wypłaty wynagrodzenia, gdyż odstępuje od umowy z uwagi na wady robót.

Niezasadne jest stanowisko powoda, iż pozwany nie dotrzymał terminu dla zgłoszenia wad robót, gdyż umowa zastrzegła 7 dniowy termin w tej materii. Zwrócić należy uwagę, że § 6 umowy, w którym przewidziano powyższy termin, dotyczy gwarancji jakości wykonanych prac, a nie rękojmi za wady robót. Art. 579 kc przewiduje, że wykonywanie uprawnień z tytułu rękojmi jest niezależne od uprawnień wynikających z gwarancji. Pozwany nigdy nie wskazał, że korzysta z gwarancji, kiedy wzywał wykonawcę do usunięcia wad.

Wbrew stanowisku powoda nie można przyjąć, że w dniu 22 grudnia 2010r. nastąpił odbiór końcowy prac. Po pierwsze, w tym dniu nie wszystkie roboty były jeszcze wykonane, a zgodnie z zapisami umowy (§ 3 pkt 4) odbiór końcowy następuje po całkowitym wykonaniu zamówienia. Po wtóre, odbioru końcowego dokonuje zamawiający lub jego przedstawiciel i to on podpisuje dokument o nazwie końcowy protokół odbioru robót (§ 3 pkt 5 i 6). Żadna z osób, które wchodziły w skład komisji, odbierającej prace w dniu 22 grudnia 2010r. nie była upoważniona przez zamawiającego do odbioru końcowego robót i podpisania protokołu. W ocenie sądu dokument z 22 grudnia 2010r. traktować należy wyłącznie jako stwierdzenie istniejącego w tym dniu zakresu wykonanych robót.

Z uwagi na potwierdzenie przez K. Z. - w trybie art. 103 kc- zawarcia w jej imieniu umowy z 17 września 2010r., nie można było uznać, że umowa ta jest nieważna.

Skoro pozwany skutecznie podniósł zarzut niewłaściwego wykonania robót budowlanych przez wykonawcę z uwagi na wady istotne robót, co uprawniało go do odmowy zapłaty wynagrodzenia, powództwo cesjonariusza o zapłatę należności z tytułu wynagrodzenia należało oddalić jako niezasadne.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 kpc, obciążając nimi w całości powoda jako stronę przegrywającą proces. Na koszty należne pozwanemu składa się wynagrodzenie pełnomocnika wg najniższej stawki wynagrodzenia oraz zwrot opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, zaś zwrot wydatków obejmuje : 540,54 zł opinia biegłego (k. 273), 228 zł koszt podróży świadka ( k. 277), 60,06 zł opinia biegłego ( k. 304 i k. 326), 195 zł koszt podróży świadka ( k. 325), 2.982,80 zł opinia biegłego ( k. 366) i 660,63 zł opinia biegłego ( k. 390), łącznie 4.667,03 zł.