

Sygn. akt I C 42/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie :

Przewodniczący : SSR del. Michał Jank

Protokolant : sekr, sąd. Magdalena Szulta

po rozpoznaniu w dniu 26 września 2016 r. w Gdańsku, na rozprawie

sprawy z powództwa H. C. (obecnie (...) sp. z o.o. w R.)

przeciwko Gminie Miasta G.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Gminy Miasta G. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. w R. kwotę 293.616,81zł (dwieście dziewięćdziesiąt trzy tysiące sześćset szesnaście złotych 81/100) wraz z odsetkami ustawowymi od tej kwoty od dnia 5 grudnia 2007 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od tej kwoty od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 17.721,28 zł (siedemnaście tysięcy siedemset dwadzieścia jeden złotych 28/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

IV. nakazuje ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 19.075,02 (dziewiętnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć 2/100) złotych tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;

V. nakazuje ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 11.202,79 (jedenaście tysięcy dwieście dwa złote 79/100) złotych tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Sygn. akt I C 42/10

UZASADNIENIE

Powód H. C. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy Miasta G. kwoty 362.256,81 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 05.12.2007 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania w kwocie 11.746 zł, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego w kwocie 7.200 zł

Wyjaśnił, że w dniu 14.05.2007 r. strony zawarły w trybie przetargu umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była realizacja zadania określonego jako "(...)". Wynagrodzenie powoda zostało ostatecznie ustalone na kwotę 4.404.733,68 zł brutto, a termin realizacji robót podzielono na dwa etapy - pierwszy obejmował roboty budowlano-montażowe (z terminem wykonania do dnia 31.10.2007 r.), a drugi pielęgnację zielenie (z terminem wykonania do dnia 31.05.2008 r.). W dniu 29.10.2007 r. Dyrekcja Rozbudowy Miasta G. (DRMG) prowadząca przedsięwzięcie

inwestycyjne w imieniu pozwanej odstąpiła jednak od umowy powołując się na opóźnienie w realizacji prac w stopniu skutkującym niedotrzymaniem terminu umownego. Zdaniem powoda złożenie tego oświadczenia było jednak bezpodstawne, ponieważ stopień zaawansowania prac nie wykluczał możliwości terminowej realizacji inwestycji, a opóźnienie było skutkiem przeszkód występujących po stronie pozwanej - wadami w projekcie, działaniem niekompetentnych i niewłaściwie umocowanych inspektorów nadzoru, nieudostępnieniem dziennika budowy kierownikowi budowy na początkowym etapie realizacji robót, kwestionowaniem uprawnień osób sprawujących z ramienia powoda samodzielne funkcje na budowie, odmawianiem mu bieżącej kontroli przebiegu inwestycji oraz wstrzymaniem przez inwestora w dniu 26.06.2007 r. wykonywania robót budowlanych. Powód wyjaśnił, że inwestycja była rozliczana zasadą częściowego rozliczania robót zgodnie ze stopniem ich procentowego zaawansowania. W związku z tym wystawił m.in. faktury: nr (...) z dnia 02.11.2007 r. na kwotę 16.317,45 zł, nr (...) z dnia 02.11/2007 r. na kwotę 987.870,60 zł oraz nr (...) z dnia 07.01.2007 r. na kwotę 905.454,65 zł za roboty wykonane do dnia 31.10.2007 r., które bądź zostały odebrane przez inspektora nadzoru bądź były ewidencjonowane po złożeniu przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Strona pozwana uznała swój dług względem powoda do kwoty 535.515,49 zł, dlatego w niniejszym procesie dochodzi on części powyżej kwoty, tj. 362.256,81 zł.

(pozew, k. 2-7)

Sąd Okręgowy w Gdańsku w dniu 10.12.2009 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym orzekając zgodnie z żądaniem pozwu.

(nakaz zapłaty z dnia 10.12.2009 r., k. 142)

Pozwana Gmina Miasta G. w sprzeciwie od nakazu zapłaty wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwana przyznała, że łączyła ją z powodem umowa o roboty budowlane z dnia 14.05.2007 r. oraz że z jego winy w dniu 29.10.2007 r. odstąpiła od umowy. Zarzuciła, że w toku inwestycji wielokrotnie bezskutecznie wzywała powoda do przyspieszenia wykonania robót, który ciągle dążył do zmiany ceny za poszczególne elementy oraz nie wiedział jak wykonać badania laboratoryjne. W konsekwencji, pozostawał on w opóźnieniu w realizacji umowy, dlatego nie można było liczyć na zakończenie prac w umówionym terminie, co było podstawą odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. Następnie, zgodnie z § (...) ust. (...) umowy, naliczono powodowi karę umowną w wysokości 437.821,40 zł, która pismem z dnia 16.11.2009 r. została potrącona z jego wierzytelnością powoda w kwocie 378.844,26 zł.

(sprzeciw od nakazu zapłaty, k. 144-146)

Powód H. C. pismem z dnia 23.05.2013 r., doręczonym pozwanej Gminie Miasta G. w dniu 20.06.2013 r., rozszerzył powództwo o kwotę 440.473,36 zł z odsetkami od dnia 30.10.2007 r. do dnia zapłaty wnosząc o zasądzenie od pozwanej łącznie kwoty 802.730,17 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 362.256,81 zł od dnia 05.12.2007 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 440.473,36 zł od dnia 30.10.2007 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

Podniósł, że kwota 440.473,36 zł, o którą rozszerzył powództwo stanowi karę umowną obliczoną jako 10 % wynagrodzenia umownego w wysokości 4.404.733,68 zł. Jako podstawę prawną wskazał § (...) ust. (...) umowy, który należy zastosować odpowiednio w przypadku odstąpienia przez pozwaną (zamawiającego) z przyczyn leżących po jej stronie.

(pismo procesowe powoda z dnia 23.05.2013 r., k. 821)

Pozwana Gmina Miasta G. w odpowiedzi na pismo stanowiące rozszerzenie powództwa wniosła o oddalenie zgłoszonego roszczenia. Pozwana podniosła zarzut przedawnienia wskazując, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone w dniu 29.10.2007 r., dlatego ewentualne żądanie zapłaty kary umownej przedawniło się w dniu 30.10.2010 r. Poza tym, odstąpienie od umowy nastąpiło z winy powoda (a nie pozwanej), co było przyczyną

naliczenia kar umownych przez pozwaną. Powód nie może więc domagać się kar umownych z powodu odstąpienia od umowy przez pozwaną.

(pismo procesowe pozwanej z dnia 11.07.2013 r., k. 855)

Postanowieniem z dnia 20.06.2013 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku odrzucił pozew w zakresie żądania zapłaty kwoty 165.066 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie oświetlenia. Postanowieniem z dnia 10.04.2014 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku uchylił ww. postanowienie w części, to jest ponad kwotę 68.640 zł.

(e-protokół z rozprawy z dnia 20.06.2013 r., k. 826; postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 20.06.2013 r., k. 833-834; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, k. 938-940)

W toku procesu, powód H. C. dokonał przekształcenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej w spółkę - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R..

(informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS, k. 1696-1697)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 19.02.2007 r. pozwana Gmina Miasta G., w której imieniu działała Dyrekcja Rozbudowy Miasta G., ogłosiła przetarg na realizację zamówienia publicznego w pod nazwą "(...)". Zamówienie to miało zostać zrealizowane na podstawie dokumentacji projektowej opracowanej w kwietniu 2006 r. przez (...) sp. z o.o. w G., która została zatwierdzona decyzją Prezydent Miasta G. z dnia 12.05.2006 r.

(dowód: protokół z dnia 12.07.2007 r., k. 267-268; Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, k. 10-17; decyzja Prezydent Miasta G. z dnia 12.05.2006 r., k. 684)

Przed rozpoczęciem prac budowlanych teren inwestycji został sprawdzony i oczyszczony z niewypałów i niewybuchów na głębokości 1,50 m przez saperów z (...) s.c. działającej na zlecenie pozwanej Gminy Miasta G.. Odnośnie terenu, na którym miało być realizowane zadanie nr (...) sprawdzono 9.880 m², przy czym saperzy nie byli w stanie sprawdzić wału o powierzchni 1.350 m² położonego pomiędzy boiskiem głównym a treningowym, na którym znajdowała się duża ilość gruzu, złomu i niewypałów. W rezultacie wał ten miał zostać rozebrany koparką obsługiwaną przez operatora z przeszkoleniem saperskim, a każdą odspojoną warstwę należało sprawdzić wykrywaczami metalu, co wpływało na przedłużenie czasu wykonania tych prac.

(dowód: protokół kontroli wewnętrznej w (...), k. 69-70; ogłoszenie o zamówieniu, k. 378-380; zeznania świadków: G. L., k. 326, A. O., k. 427-433, P. B., k. 329-331; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761; dokumentacja powykonawcza rozpoznania i oczyszczenia z przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych terenu stadionu piłkarskiego (...), protokoły oczyszczania terenu, k. 299-300 i k. 1170-1203; dokumentacja z rozminowana załączone do akt sprawy)

Na etapie procedury przetargowej na realizację zadania nr (...) pozwana Gmina Miasta G. nie informowała uczestników przetargu, iż teren inwestycji jest zagrożony z uwagi na znajdujące się na nim niewypały i niewybuchy oraz że prace będzie trzeba realizować pod nadzorem saperów.

(dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, k. 10-17; zeznania świadków: G. L., k. 326, A. O., k. 427-433, P. B., k. 329-331; zeznania H. C., k. 451 i 1761)

W dniu 14.05.2007 r. między H. C. prowadzącym wówczas działalność gospodarczą pod firmą (...) (obecnie: (...) sp. z o.o. z siedzibą w R., dalej jako: (...)) a pozwaną Gminą Miasta G. została zawarta umowa o roboty budowlane nr (...) na realizację zadania nr (...). W ramach tego zadania wydzielono dwa przedmioty odbioru:

" I przedmiot odbioru - roboty budowlano-montażowe z terminem realizacji do dnia 31.10.2007 r.

" II przedmiot odbioru - pielęgnacja zieleni z terminem realizacji do dnia 31.05.2008 r.

Strony uzgodniły, że podstawą rozliczenia robót będą stanowiły potwierdzone przez inspektora nadzoru protokoły wykonanych robót według procentowego zaawansowania elementów. Wynagrodzenie wykonawcy ustalono ostatecznie na kwotę 4.404.733,68 zł brutto. Strony uzgodniły również karę umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego w przypadku odstąpienia przez zamawiającą od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy.

W umowie ustalono kary umowne m.in.:

- za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego ustala się karę w wysokości 10% wynagrodzenia umownego

- za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn zależnych od wykonawcy ustala się karę w wysokości 10% wynagrodzenia umownego

-za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn zależnych od zamawiającego, innych niż niemożliwe do przewidzenia, zamawiający zapłaci karę w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego

W umowie wskazano, iż kierownikiem budowy będzie G. L., zaś kierownikiem projektu wspomagającym kierownika budowy i nadzorującym pracę za strony wykonawcy będzie A. O.

Zmiany do umowy mogły nastąpić wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

(dowód: umowa nr (...) r., k. 18-21; aneksy nr (...), (...), (...), (...) i (...), k. 22-26; Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, k. 10-17; oświadczenie powoda z dnia 08.05.2007 r. wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym, k. 27-28)

W dniu 14.05.2007 r. G. L. objął funkcję kierownika budowy, a w dniu 04.06.2007 r. A. O. objął funkcję kierownika robót ziemnych i kierownika projektu.

(dowód: zeznania świadka G. L. i A. O., k. 325 i 427-433, umowa nr (...) r., k. 18-21; pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 14.01.2016 r., k. 1655; oświadczenia G. L. i A. O., k. 1657, 1661)

W dniu 31.05.2007 r. pozwana Gmina Miasta G. zgodnie z umową przekazała H. C. plac budowy wraz z dokumentacją projektową, pozwoleniem na budowę i dziennikiem budowy. Jednocześnie zwrócono uwagę na konieczność prowadzenia robót rozbiórkowych na skarpie pod nadzorem saperów z (...) s.c.

Nie przekazano wówczas ani też na etapie przetargu i podpisywania umowy żadnych dokumentów w przedmiocie sprawdzenia terenu inwestycji przez saperów. W czasie przekazania placu budowy były jeszcze wykonywane prace z zadania nr (...).

(dowód: protokół wprowadzenia na budowę z dnia 31.05.2007 r., k. 386; zeznania świadków G. L. - k., 326; zeznania świadka A. O., k. 326 i 427-433)

W okresie od dnia 05.06.2007 r. do dnia 08.06.2007 r. pracownicy H. C. zostali przeszkoleni w zakresie postępowania w razie odnalezienia przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych na budowie.

(dowód: zeznania świadka P. B., k. 329-331)

W okresie od dnia 08.06.2007 r. do dnia 15.06.2007 r. na terenie wału o powierzchni 1.350 m² saperzy z (...) s.c. przeprowadzili prace sprawdzające i oczyszczające do głębokości 1,50 m, w wyniku których odnaleziono i zabezpieczono 21 sztuk niewybuchów pocisków artyleryjskich oraz 2 sztuki zapalników artyleryjskich. Prace te

polegały na konieczności sprawdzenia przez saperów każdej odspojonej warstwy przy użyciu wykrywaczy metali. Prace te przedłużyły czas wykonywania prac przez powoda o około tydzień.

(dowód: zeznania świadków: G. L., k. 326-327, P. B., k. 329-331, A. O., k. 427-433; protokół (...), k. 299; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

Nadzór saperski był realizowany na terenie inwestycji w następujących okresach:

" od dnia 05.06.2007 r. do dnia 28.06.2007 r.,

" od dnia 05.07.2007 r. do dnia 31.07.2007 r.,

" od dnia 03.09.2007 r. do dnia 29.09.2007 r.

" od dnia 01.10.2007 r. do dnia 18.10.2007 r.

Saperzy dokonywali usunięcia niewybuchów również we wrześniu i w październiku 2007 r., kiedy wykonano wykopy pod słupy oświetleniowe.

(dowód: zeznania świadka P. B., k. 330; potwierdzenie pełnienia nadzoru saperskiego na zadaniu, k. 387-390)

Zgodnie z dokumentacją projektową warstwa konstrukcyjna boiska powinna być wykonana w następującej formie:

" na podłożu gruntowym (warstwie nasypów) określonym w projekcie jako podłoże budowlane zaprojektowano warstwę drenażu poziomego w dwóch warstwach: dolnej miąższości o grubości 15 cm wykonanej z piasku (bez doprecyzowania granulacji) oraz górnej miąższości o grubości 15 cm wykonanej z kruszywa kamiennego łamanego frakcji 10-40 mm; w projekcie określono wskaźnik zagęszczenia podsypek i podkładów $I_s = 0,98$,

" warstwa wegetacyjna składająca się z piasku gliniastego miąższości 10 cm, która miała być jednocześnie warstwą odsączającą, (bez sprecyzowania wartości granicznych zawartości poszczególnych frakcji),

" warstwa ziemi próchniczej grubości 5 cm na warstwie piasku gliniastego,

" trawnik położony na warstwie ziemi próchniczej (bez określenia jego grubości).

(dowód: dokumentacja projektowa załączona do akt; opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. L. wraz z ustną opinią uzupełniającą, k. 983-1051 i k. 1482; pismo (...) sp. z o.o., k. 1237)

W dniu 9 czerwca 2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o pisemną

akceptację źródła poboru kruszywa.

(dowód: dziennik budowy - k. 38)

W dniu 18.06.2007 r. projektant Z. W. zażądał przedstawienia dokumentów o zakończeniu badań saperskich oraz badań geologicznych stwierdzających stopień zagęszczenia istniejącego terenu oraz nasypów. W konsekwencji, w dniu 19.06.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego J. K. wstrzymał roboty budowlane z uwagi na brak akceptacji badań geologicznych formowanego nasypu okazanych mu przez H. C..

(dowód: dziennik budowy, k. 39; pismo H. C. z dnia 18.08.2007 r., k. 1266-1269; zeznania świadka G. L., k. 328; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

W dniu 21.06.2007 r., po powtórnym wykonaniu badań geologicznych, inspektor nadzoru inwestorskiego J. K. wyraził ustną zgodę na zastosowanie kruszywa o frakcji 16 - 31,5 mm oraz na wznowienie robót budowlanych.

(dowód: pisma powoda z dnia 27.07.2007 r. i 18.08.2007 r., k. 1161, 1266-1269; dziennik budowy, k. 1089; zeznania świadków: G. L.)

W dniu 26.06.2007 r. pozwana Gmina Miasta G. wstrzymała roboty budowlane powołując się na brak na budowie kierownika budowy oraz kierowników robót, a także niezgodność wykonanych prac z warunkami. Po wstrzymaniu prac inspektor nadzoru inwestorskiego T. Ż. zabrał dziennik budowy na czas jego przekazania do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego celem uzyskania pozwolenia na użytkowanie zadania nr (...), które było realizowane równolegle z zadaniem nr (...).

W odpowiedzi H. C. wskazał, że roboty są nadzorowane przez kierownika budowy posiadającego wymagane uprawnienia, a wstrzymanie prac wpłynęło na opóźnienie prac. H. C. wniósł też o wydanie dziennika budowy oraz o stałą obecność na budowie inspektora nadzoru celem konsultowania nieścisłości projektowych.

(dowód: dziennik budowy - k. 1092, pismo pozwanej z dnia 26.06.2007 r., k. 60; pismo H. C. z dnia 26.06.2007 r., k. 255v; wniosek o udzielenie pozwolenia na użytkowania, k. 682; pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 18.07.2007 r., k. 683; zeznania świadków: G. L. i A. O., k. 326-327 i 427-433; zeznania H. C., 449-452 i 1761)

W dniach 27.06.2007 r. i 29.06.2009 r. H. C. i jego pracownicy bezskutecznie domagali się wydania dziennika budowy od przedstawicieli pozwanej.

(dowód: pisma H. C. z dnia 27.06.2007 r., 17.08.2007 r., k. 256, 1266-1269; notatka służbowa z dnia 29.06.2007 r., k. 261; zeznania świadków: G. L. i A. O., k. 326 i 427-433; zeznania H. C., 449-452 i 1761)

Na naradzie w dniu 28.06.2007 r. pozwana Gmina Miasta G. zobowiązała się przekazać dziennik budowy kierownikowi budowy. W tym samym dniu założono zastępczy dziennik budowy. W zastępczym dzienniku budowy wpisów dokonywali zarówno przedstawiciele inwestora jak i wykonawcy

(dowód: protokół z narady z dnia 28.06.2007 r., k. 257-258; dziennik budowy, k. 383-385/

Prace budowlane zostały podjęte przez H. C. w dniu 13.07.2007 r. W tym dniu inspektor nadzoru budowlanego zezwolił na wszczęcie prac i zwrócono wykonawcy dziennik budowy.

(dowód: dziennik budowy, k. 4141v, 201; potwierdzenie odbioru dziennika budowy, k. 685; zeznania świadków: G. L. i A. O., k. 325-329 i 331-333; zeznania H. C., 449-452)

W dniu 07.08.2007 r. H. C. wniósł o zmianę dopuszczalnej warstwy kruszywa do zasypywania rur drenażowych mając na uwadze konieczność uzyskania odpowiedniego, wymaganego projektem, współczynnika zagęszczenia.

W konsekwencji, inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) zwróciła się do projektanta o wyrażenie zgody na zastosowanie kruszywa o frakcji 16-31,5 mm. W dniu 07.08.2007 r. projektant Z. W. wyraził zgodę na zastosowanie zamiennego kruszywa o frakcji 16-31,5 mm bez domieszek i dodatków do zasypywania warstw drenażowych.

W dniu 09.08.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) nakazała wykonać warstwę konstrukcyjną boiska - podsypkę piaskową pospółką grubości 15 cm po zagęszczeniu powierzchni.

(dowód: pismo H. C. z dnia 22.10.2007 r., k.280-282; zeznania świadka A. O., k. 326 i 427-433; pismo pozwanej z dnia 01.10.2007 r., k. 1236, dziennik budowy k. 1114-1116; opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. L. wraz z ustną opinią uzupełniającą, k. 983-1051 i k. 1482)

W dniu 14.08.2007 r. kierownik robót A. O. rozpoczął wykonywanie podsypki piaskowej pospółką na terenie boiska głównego od strony skarpy południowej, zaś w dniu 21 sierpnia 2007 r. zgłosił do odbioru podsypkę piaskową grubości 15 cm na obszarze o wymiarach 35x50 m.

(dowód: dziennik budowy, k. 1117-1118)

W dniu 21.08.2007 r. powód H. C. wystąpił o zgodę na zastosowanie kruszywa o frakcji 16-31,5 mm na całym terenie boiska, mając na uwadze konieczność uzyskania odpowiedniego, przewidzianego umową współczynnika zagęszczenia. W odpowiedzi projektant Z. W. wyraził zgodę na zastosowanie ww. kruszywa pod warunkiem uzupełnienia go w górnej części warstwy frakcją około 5 mm i grubości 2 cm tak, aby po zwałowaniu cała warstwa miała grubość 15 cm. Ten sam sposób wykonania tej warstwy był także nakazywany przez inspektora nadzoru inwestorskiego D. S. (1) w dniu 11.09.2007 r.

W dniu 21 sierpnia 2007 r. powód przystąpił do wykonywania prac wskazanych powyżej od strony skarpy południowej..

W dniu 22.08.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) potwierdziła wykonywanie warstwy konstrukcyjnej boiska głównego od strony skarpy południowej z kruszywa frakcji 16-31,5 mm.

W dniu 28.08.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru podsypkę piaskową z pospółki grubości 15 cm na obszarze 35 m x 60 m na terenie boiska głównego od strony skarpy południowej oraz zezwoliła na wykonanie warstwy z kruszywa kamiennego frakcji 16-31,5 mm.

W dniu 30.08.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o wyrażenie zgody na formowanie warstwy podbudowy boiska z piasku gliniastego.

W dniu 05.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) wyraziła zgodę na ułożenie warstwy piasku gliniastego.

W dniu 05.09.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru podsypkę piaskową z pospółką grubości 15 cm oraz zasypkę drenażu żwirem 2-8 na powierzchni boiska treningowego jednobramkowego na ? obszarze boiska głównego.

W dniu 06.09.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) odebrała warstwę piaskową z pospółki grubości 15 cm oraz zasypkę drenażu żwirem 2-8 na obszarze małego boiska oraz podsypkę z pospółki grubości 15 cm na boisku głównym odcinka o wymiarze 55,0 m x 35,0 m oraz zezwoliła na układanie warstwy z kamienia frakcji 16-31,5 mm.

(dowód: notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278v-280, pismo pozwanej z dnia 01.10.2007 r., k. 1236; dziennik budowy, k. 50-51, 1122-1123; zeznania świadków A. O., k. 326 i 427-433; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

Po odbiorze warstwy podsypki pracownicy H. C. za zgodą inspektora nadzoru rozpoczęli formowanie warstwy konstrukcyjnej boiska grubości 15 cm z kruszywa o frakcji 16-31,5 mm.

Materiał zastosowany przez H. C. był prawidłowej jakości.

Uformowana warstwa konstrukcyjna z kruszywa frakcji 16-31,5 mm została odebrana przez inspektora nadzoru inwestorskiego D. S. (1) w dniu 12.09.2007 r. (na części boiska o powierzchni 8.080 m²). Następnie, zgodnie z zaleceniami projektanta i inspektora nadzoru pracownicy powoda rozpoczęli formowanie warstwy grubości 2 cm składającej się z kruszywa o frakcji 2-8 mm.

(dowód: orzeczenie o jakości podbudowy, k. 240; notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278v-280; dziennik budowy, k. 1124-1125; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

W dniu 19.09.2007 r. przeprowadzono próbę formowania warstwy żwiru o frakcji 2-8 mm, które jednak wykazały nieefektywność tych prac w zakresie osiągnięcia zaprojektowanego współczynnika zagęszczenia. Wobec tego pozwana w tym dniu cofnęła zgodę na usypanie żwiru z frakcji 2-8 mm na warstwie żwiru frakcji 16-31,5 mm anulując wpisy z 11 i 12 września 2007 r. .

Pracownicy H. C. informowali przedstawicieli pozwanej, że z uwagi na negatywne efekty ww. prac nie jest możliwe formowanie warstwy z piasku gliniastego.

(dowód: notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278-280; pismo H. C. z dnia 22.10.2007 r., k. 280-282; notatka służbowa, k. 282-283; dziennik budowy, k. 1128-1130; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

We wrześniu 2007 r. Politechnika (...) w G. (Zakład (...)) na zlecenie Dyrekcji Rozbudowy Miasta G. opracowała opinię w sprawie materiału przeznaczonego do wykonania warstwy z kruszywa kamiennego nawierzchni boiska, którego próbki zostały pobrane z budowy.

W opinii tej stwierdzono m.in., że zastosowana frakcja 16-31,5 mm jako materiał jednofrakcyjny jest trudno zagęszczalny, ułożenie dodatkowej warstwy grubości 2 cm z drobnego kruszywa o uziarnieniu do 5 mm tylko w niewielkim stopniu poprawi zagęszczalność tej warstwy oraz że warstwa drenażowa z kruszywa kamiennego może zostać zamulona drobnymi cząstkami pochodzących z warstwy piasku gliniastego.

(dowód: notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278-280; dziennik budowy, k. 1131, 1134 i 1137-1138; Orzeczenie o jakości nr (...) Politechniki (...), k. 1253-1254; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

W dniu 27.09.2007 r. pracownicy H. C. rozpoczęli formowanie warstwy z piasku gliniastego na warstwie konstrukcyjnej z kruszywa 16-31,5 mm, jednak inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) wstrzymała te prace nakazując ułożenie warstwy z kruszywa frakcji 2-8 mm o grubości 2 cm zgodnie z zaleceniami projektanta.

(dowód: pismo H. C. z dnia 22.10.2007 r., k. 280-282; notatka służbowa, k. 282-283; dziennik budowy, k. 1135; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

Projektant Z. W., mimo zapoznania się z treścią opinii Politechniki (...), potwierdził konieczność ułożenia warstwy z kruszywa frakcji 16-31,5 mm, na którą nakazał wysypać 2 cm kruszywa frakcji 5 mm, które po zwałowaniu miało mieć 15 cm grubości. Przedstawiciele pozwanej nakazali pracownikom wykonawcy zrealizować prace zgodnie z ww. zaleceniami projektanta.

(dowód: notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278-280; dziennik budowy, k. 1139-1143)

H. C. wykonał warstwę z kruszywa frakcji 16-31,5 mm zgodnie z zaleceniami projektanta i przedstawicieli pozwanej. Następnie wydzielono tzw. poletko próbne, na którym przeprowadzono nieudaną próbę formowania kolejnych warstw podbudowy boiska. Okazała się bowiem, że ułożenie warstwy z piasku gliniastego skutkuje utrzymywaniem się kałuż, zaś zaprojektowany wskaźnik zagęszczenia jest niemożliwy do osiągnięcia. Pracownicy H. C. informowali też przedstawicieli pozwanej, że warstwa z piasku gliniastego jest nieprzepuszczalna.

(dowód: dokumentacja fotograficzna, k. 277; notatka służbowa z dnia 18.10.2007 r., k. 278-280; pismo H. C. z dnia 22.10.2007 r., k. 280-282; notatka służbowa, k. 282-283; badanie wskaźnika zagęszczenia i wodoprzepuszczalności z dnia 14.10.2007 r., k. 294-295; dziennik budowy, k. 1146-1151; zeznania świadka A. O., k. 427-433; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

W dniu 26.10.2007 r. kierownik robót A. O. na podstawie badań zagęszczenia metodą płyty (...) stwierdził, że nie jest możliwe uzyskanie zaprojektowanego współczynnika zagęszczenia. W dniu 29.10.2007 r. pracownicy H. C. na żądanie inspektora nadzoru inwestorskiego ponownie przeprowadzili badanie zagęszczenia warstwy z kruszywa frakcji 16-31,5 mm metodą płyty (...) potwierdzając, że nie jest możliwe osiągnięcie zaprojektowanego wskaźnika zagęszczenia.

(dowód: opinia geologa D. S. (2), k. 296; sprawozdanie z badania z dnia 29.10.2007 r., k. 296-298; dziennik budowy, k. 1120, 1154 i 1157; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

Zaprojektowane kruszywo kamienne - żwir frakcji 10-40 mm oraz zastosowane kruszywo frakcji 16-31,5 mm są materiałem jednofrakcyjnymi przez co bez doziarnienia lub częściowego przekruszenia są one materiałem bardzo

trudno zagęszczalnym. W rezultacie, technologicznie niemożliwe było ich zagęszczenie do poziomu określonego w projekcie. Dodatek żwirów o mniejszym uziarnieniu (2-8 mmm lub 3-5 mm) powodował natomiast jedynie w niewielkim stopniu poprawę ich zagęszczenia. W przypadku tych żwirów niemożliwe było także osiągnięcie zaprojektowanego wskaźnika odkształcenia I_0 o wartości mniejszej niż 2,2. Są one także podatne na boczną rozszerzalność.

Błędem projektowym było również nakazanie zastosowania piasku gliniastego, ponieważ charakteryzuje się on bardzo niskim współczynnikiem wodoprzepuszczalności, dlatego blokowałyby on przepływ wód opadowych oraz wody używanej do podlewania murawy. Skutkowałoby to natomiast niemożnością odprowadzania wody z nawierzchni boiska, powstawaniem kałuż oraz gniciem trawnika.

Efektom powyższych wadliwości było, iż nie możliwym stało się wykonanie kolejnych prac tj. położenia kolejnych warstw na płycie boiska.

(dowód: opinia rzeczoznawcy J. S., k. 241-251; opinia Instytutu (...), k. 708-714; raport sporządzony przez (...) Sp. z o.o. w K., k. 1066-1084; zeznania świadka G. L., k. 328; opinia instytutu naukowego - Politechniki (...), k. 1682-1691 k. 1761)

W toku inwestycji H. C. wykonał roboty dodatkowe w zakresie wykonania dodatkowego ogrodzenia oraz zmiany oczek zaprojektowanego ogrodzenia z jednoczesnym zwiększeniem umówionego wynagrodzenie do ostatecznej kwoty 4.404.733,68 zł brutto. H. C. zgłaszał również uwagi do projektu, które zostały częściowo uwzględnione przez projektanta. Wykonawca wielokrotnie wskazywał też na wątpliwości co do prawidłowości projektu w zakresie warstw podbudowy boiska oraz zwracał się o potwierdzenie prawidłowości rozwiązań projektowych w zakresie uformowania warstwy z ziemi urodzajnej grubości 5 cm oraz z piasku gliniastego na warstwie drenażowej żwiru wskazując m.in., że doprowadzi to do zatkania warstwy drenażowej.

(dowód: pismo H. C. z dnia 05.07.2007 r., k. 264-265; protokół z dnia 12.07.2007 r., k. 267-268; dziennik budowy, k. 1139-1140; protokoły konieczności i z negocjacji, umowa nr (...), aneks nr (...) k. 1238-125; zeznania świadków: G. L., k. 326 i A. O., k. 331-333 i 427-433; zeznania H. C., k. 449-452 i 1761)

W toku prac H. C. zwracał się do pozwanej Gminy Miasta G. o przedłużenie terminu zakończenia robót w stosunku do pierwotnego terminu, m.in. z powodu wstrzymania prac przy układaniu warstw podbudowy boiska z uwagi na błędy projektowe. Wnioski te nie zostały jednak uwzględnione.

(dowód: pisma pozwanej z dnia 20.08.2007 r., k. 154, 156-158; dziennik budowy, k. 1152)

Pismem z dnia 29.10.2007 r., doręczonym H. C. w dniu 30.10.2007 r., pozwana Gmina Miasta G. odstąpiła od umowy powołując się na niezgodne z harmonogramem rzeczowo-finansowym wykonywanie umowy przez wykonawcę powodujące opóźnienie prac w stopniu skutkującym niedotrzymaniem terminu umownego ich zakończenia.

(dowód: odstąpienie od umowy z dniem 29.10.2007 r., k. 62; pisma H. C. z dnia 30.10.2007 r. i 07.11.2007 r., k. 65)

W dniu 30.10.2007 r. kierownik budowy G. L. i kierownik robót ziemnych A. O. sporządzili protokół wykonanych robót w okresie od dnia 11.09.2007 r. do dnia 30.10.2007 r. Wartość tych robót wyceniono na 809.729,77 zł.

(dowód: protokół wykonanych robót, k. 730-731)

W toku inwestycji H. C. wystawił następujące faktury VAT:

" nr (...) z dnia 10.08.2007 r. za roboty wykonane do dnia 31.07.2007 r. na kwotę 667.022,80 zł (należność za tą fakturę została zapłacona przez pozwaną Gminę Miasta G. w dniu 06.09.2007 r.),

" nr (...) z dnia 13.09.2007 r. za roboty wykonane w sierpniu na kwotę 982.504,43 zł (należność za tę fakturę została zapłacona przez pozwaną Gminę Miasta G. w dniu 26.10.2007 r. do kwoty 910.988,03 zł),

" nr (...) z dnia 02.11.2007 r. na kwotę 16.317,45 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe - wykonanie ogrodzenia,

" nr (...) z dnia 02.11.2007 r. na kwotę 987.870,60 zł tytułem wynagrodzenia za roboty wykonane w okresie od 11.09.2007 r. do 30.10.2007 r.,

" nr (...) z dnia 07.01.2008 r. na kwotę 905.454,65 zł tytułem wynagrodzenia za roboty, które nie były objęte fakturami wystawionymi po odstąpieniu od umowy przez pozwaną Gminę Miasta G..

(dowód: faktury VAT, k. 125, 127, 122-123, 130; pisma pozwanej z dnia 26.10.2007 r., 05.05.2008 r., 16.11.2009 r., k. 168)

Pismem z dnia 01.02.2008 r. H. C. wezwał pozwaną Gminę Miasta G. do zapłaty następujących kwot:

" 905.454,65 zł z odsetkami za fakturę VAT nr (...),

" 987.870,60 zł z odsetkami za fakturę VAT nr (...).

" 16.317,45 zł z odsetkami za fakturę VAT nr (...),

" 71.516,40 zł z odsetkami za fakturę VAT nr (...),

" 600.000 zł tytułem odszkodowania za nieuzasadnione uniemożliwianie robót,

" 440.473 zł tytułem kary umownej za odstąpienie przez pozwaną od umowy z jej winy.

(dowód: pismo powoda z dnia 01.02.2008 r. wraz z notami księgowymi i potwierdzeniem nadania korespondencji, k. 134-135 i 1732-1734)

W dniu 27.03.2008 r. pozwana Gmina Miasta G. wystawiła H. C. notę księgową wzywając go do zapłaty 437.821,40 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od niego (§ (...) ust. (...) umowy). Nota ta została wysłana do H. C. w dniu 28.03.2008 r.

(dowód: nota księgowa z dnia 27.03.2008 r., k. 161)

W dniu 05.05.2008 r. pozwana Gmina Miasta G. wezwała H. C. do wystawienia faktury końcowej za wykonane roboty informując, że do zapłaty na jego rzecz pozostała kwota 535.515,49 zł.

W piśmie tym wskazała jednocześnie, iż prace wykonane przez powoda wyceniono na kwotę 2.483.186,32 zł brutto, z czego zapłacono powodowi i podwykonawcy kwotę 1.947.670,83 zł

W kolejnym piśmie z 19 maja 2008 r. pozwana potwierdziła wartość prac zrealizowanych przez powoda.

(dowód: pismo pozwanej z dnia 05.05.2008 r., k. 131; pismo z 19.05.2007 r. - k. 132-133)

Pozwana Gmina Miasta G. ponownie wzywała H. C. do zapłaty kwoty 437.821,40 zł wraz z odsetkami tytułem kary umownej pismami z dnia: 2.07.2008 r. (odebranych przez H. C. w dniu 08.07.2008 r.), 10.09.2008 r. oraz 03.02.2009 r. (odebranych przez H. C. w dniu 09.12.2009 r.). W pismach pozwana ponownie powoływała się na § (...) ust. (...) łączącej strony umowy.

(dowód: wezwania do zapłaty wraz z potwierdzeniem odbioru korespondencji, k. 162-164, 165-167 i 373-375)

Pismem z dnia 16.11.2009 r., odebrany przez H. C. w dniu 24.11.2009 r., pozwana Gmina Miasta G. dokonała potrącenia jego wierzytelności w kwocie 378.844,26 zł - jako różnicy między kwotą 2.499.503,77 zł wynikającą z inwentaryzacji z dnia 07.12.2007 r., a zapłaconą już kwotą 2.120.659,51 zł - z kwotą 437.821,40 zł tytułem kary umownej oraz wezwała H. C. do zapłaty kwoty 58.977,14 zł tytułem pozostałej części kary umownej.

(dowód: wezwanie z dnia 16.11.2009 r., wraz z potwierdzeniem odbioru korespondencji, k. 168-169)

Po odstąpieniu od umowy Gmina Miasta G. zleciła dokończenia zadania realizowanego przez powoda H. C. w trybie "zaprojektuj i zbuduj". W wyniku tego przetargu wybrano projekt zastępczy przygotowany przez spółkę (...) sp. j. z siedzibą w W., który został zatwierdzony decyzją Prezydenta Miasta G. z dnia 18.06.2009 r. Projekt ten przewidywał m.in. rezygnację z piasku gliniastego na rzecz warstwy piasku płukanego grubości 10 cm z frakcji 0,1-4 mm oraz zredukowanie warstwy kruszywa z frakcji 16-31 mm do grubości 6 cm oraz rozkruszenie pozostałego materiału do frakcji 4-31 mm i rozłożenie go w postaci klinca warstwą 7 cm na pozostawionym kruszywie. Dzięki tym zmianom możliwe było uzyskanie wymaganej nośności i wodoprzepuszczalności.

(dowód: wniosek o pozwolenie na budowę z dnia 25.05.2009 r., k. 757; decyzja Prezydenta Miasta G. z dnia 18.06.2009 r., k. 755-756; projekt budowlano-wykonawczy zamienny, k. 759-797; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego z zakresu budownictwa B. D. (1), k. 722; opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. L., k. 983-1051; opinia instytutu naukowego - Politechniki (...), k. 1682-1691)

W dniu 26.10.2009 r. i w dniu 26.10.2012 r. powód H. C. wniósł o zawezwanie pozwanej Gminy Miasta G. do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 3.878.983,78 zł, na którą składały się:

" należność główna wynikająca z faktur nr (...) w łącznej kwocie 1.438.510,42 zł,

" ustawowe odsetki liczone od kwoty 71.516,40 zł od dnia 12.01.2007 r. do dnia zapłaty, od kwoty 461.539,37 zł od dnia 01.12.2007 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 905.454,65 zł od dnia 15.01.2008 r. do dnia zapłaty,

" kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy przez pozwaną w kwocie 440.473,36 zł,

" odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści w związku z działaniami pozwanej związanymi z realizacją umowy nr (...) w zakresie w jakim przewyższają kwotę 2.000.000 zł.

(dowód: wnioski o zawezwanie do próby ugodowej z dnia 26.10.2009 r. i 26.10.2012 r., k. 841-844 i 846-850; protokół z dnia 16.03.2010 r. i 09.03.2013 r., k. 839-840 i 845)

W dzienniku budowy nr (...) prowadzonym dla spornej inwestycji znajdują się następujące wpisy:

" w dniu 31.05.2007 r. G. L. podjął się pełnienia funkcji kierownika budowy,

" w dniu 04.06.2007 r. rozpoczęto prace w zakresie zagęszczania nasypu,

" w dniu 08.06.2007 r. rozpoczęto zagęszczenia kolejnej warstwy nasypu oraz rozpoczęto prace ziemne w obrębie boiska w zakresie rozebrania istniejącego wału ziemnego pod nadzorem saperskim,

" w dniu 09.06.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o pisemną akceptację źródła poboru kruszywa,

" w dniu 18.06.2007 r. projektant Z. W. nakazał stwierdzenie przeprowadzenia badań saperskich na terenie zadania nr (...) przed wejściem na teren budowy spychaczy i pracowników oraz dostarczenie badań geologicznych stwierdzających stopień zagęszczenia istniejącego terenu oraz wykończonych nasypów,

" w dniu 19.06.2007 r. wykonano badanie zagęszczenia trzeciej warstwy w obszarze boiska,

" w dniu 19.06.2007 r. inspektor nadzoru J. K. wstrzymał prace na budowie do czasu uporządkowania spraw formalno-prawnych,

" w dniu 21.06.2007 r. kierownik budowy G. L. zgłosił do odbioru wykonane i zagęszczone podłoże gruntowe na terenie zadania nr (...),

" w dniu 21.06.2007 r. inspektor nadzoru J. K. dokonał odbioru zagęszczonego podłoża na płycie boiska zadania nr (...) i zezwolił na wykonanie robót ziemnych na tym zadaniu

" w dniu 26.06.2007 r. inspektor nadzoru T. Ż. stwierdził, że roboty budowlane są prowadzone niezgodnie z warunkami oraz że brak jest kierownika budowy i kierowników robót, dlatego wstrzymano do odwołania wykonanie robót dotyczących zadania nr (...),

" w dniu 28.06.2007 r. założono zastępczy dziennik budowy na czas przekazania oryginału dziennika budowy Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego celem uzyskania pozwolenia na użytkowanie zadania nr (...),

" w dniu 28.06.2007 r. inspektor nadzoru J. K. stwierdził, że nasyp na płycie boiska zadania nr (...) jest formowany z gruntu nieprzepuszczalnego (gliny) oraz polecił jej wywiezienie na wysypisko wraz z gruzem znajdującym się na płycie boiska,

" w dniu 05.07.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że m.in. w związku z brakiem dziennika budowy nie są realizowane żadne prace budowlane i wniósł o zezwolenie na kontynuację budowę,

" w dniu 13.07.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że wykonawca wyznaczył A. O. na kierownika robót ziemnych a L. M. na kierownika robót sanitarnych, o czym w dniu 11.07.2007 r. został powiadomiony Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla miasta G. w G.. D. S. (1) stwierdziła również przekazanie dziennika budowy G. L. dziennik budowy oraz zezwoliła na kontynuację robót.

" w dniu 13.07.2007 r. kierownik budowy G. L. stwierdził wznowienie prowadzenia robót budowlanych,

" w dniu 27.07.2007 r. projekt Z. W. wstrzymał budowę z powodu niewłaściwego wykonywania zasyпки drenażu stwierdzając, że powinno zostać zastosowane kruszywo kamienne 10-40 mm a nie zaprawa cementowa przemielona,

" w dniu 27.07.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że dostarczono właściwe kruszywo naturalne do zasypywania drenażu,

" w dniu 30.07.2007 r. kierownik robót ziemnych A. O. potwierdził otrzymanie (...) tomu Dziennika Budowy,

" w dniu 30.07.2007 r. kierownik robót ziemnych A. O. zgłosił do odbioru dno boiska (poziom zerowy robót ziemnych) na obszarze boiska głównego i boiska bocznego załączając wyniki badań zagęszczenia gruntu oraz poinformował, że po odbiorze robót przystąpi do formowania warstwy z piasku na całej powierzchni zgodnie z zaleceniami projektanta,

" w dniu 30.07.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) odebrała dno boiska (poziom zerowy robót ziemnych),

" w dniu 07.08.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) zwróciła się do projektanta o wyrażenie zgody na wbudowanie kruszywa kamiennego 16-31,5 mm w miejsce kruszywa kamiennego 10-40 mm,

" w dniu 07.08.2007 r. projektant Z. W. wyraził zgodę zastosowanie zamiennego kruszywa o frakcji 16-31,5 mm bez domieszek i dodatków do zasypywania warstw drenażowych,

" w dniu 09.08.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) nakazała wykonać warstwę konstrukcyjną boiska - podsypkę piaskową pospółką grubości 15 cm po zagęszczeniu powierzchni,

" w dniu 14.08.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że przystąpiono do wykonania podsypki piaskowej pospółką na terenie boiska głównego od strony skarpy południowej,

" w dniu 21.08.2007 r. projektant Z. W. sprecyzował wpis z dnia 07.08.2007 r. wskazując, że na całej powierzchni boiska należy na górnej części tej warstwy wykonać warstwę 2 cm z kruszywa frakcji ok 5 mm celem zagęszczenia 15 cm warstwy drenażowej. Z. W. nie wyraził natomiast zgody na zmniejszenie warstwy piasku słabogliniastego do grubości 7,5 cm wskazując, że warstwa ta powinna mieć 10 cm grubości,

" w dniu 21.08.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził rozpoczęcie wykonywania warstwy konstrukcyjnej boiska głównego od strony południowej grubości 15 cm z kruszywa frakcji 16-31,5 mm,

" w dniu 22.08.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) potwierdziła wykonywanie warstwy konstrukcyjnej boiska głównego od strony skarpy południowej z kruszywa frakcji 16-31,5 mm,

" w dniu 28.08.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru podsypkę piaskową z pospółki grubości 15 cm na obszarze 35 m x 60 m na terenie boiska głównego od strony skarpy południowej oraz zezwoliła na wykonanie warstwy z kruszywa kamiennego frakcji 16-31,5 mm,

" w dniu 30.08.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o wyrażenie zgody na formowanie warstwy podbudowy boiska z piasku gliniastego,

" w dniu 05.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) wyraziła zgodę na ułożenie warstwy piasku gliniastego,

" w dniu 05.09.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru podsypkę piaskową z pospółką grubości 15 cm oraz zasypkę drenażu żwirem 2-8 na powierzchni boiska treningowego jednobramkowego na ? obszarze boiska głównego,

" w dniu 06.09.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) odebrała warstwę piaskową z pospółki grubości 15 cm oraz zasypkę drenażu żwirem 2-8 na obszarze małego boiska oraz podsypkę z pospółki grubości 15 cm na boisku głównym odcinka o wymiarze 55,0 m x 35,0 m oraz zezwoliła na układanie warstwy z kamienia frakcji 16-31,5 mm.

" w dniu 11.09.2007 r. inspektor nadzoru D. S. (1) odnosząc się do wpisu projektanta z dnia 21.08.2007 r. wyjaśniła, że warstwę z kruszywa 16-31,5 mm należy wykonać o grubości 13 cm po zagęszczeniu i w górnej części dołożyć 2 cm kruszywa 2-8 mm tak, aby całkowita grubość warstwy z kruszywa kamiennego wynosiła 15 cm,

" w dniu 12.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) odebrała warstwę z kruszywa o frakcji 16-31,5 mm na powierzchni 8.080 m² i zezwoliła na układanie warstwy 2 cm z kruszywa o frakcji 2-8 mm,

" w dniu 13.09.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że wykonawca wstrzymuje prace w związku ze zmianą grubości warstwy z kruszywa 15-31,5 mm i zmianą technologii, co wymaga spisania protokołu konieczności, zawarcia aneksu do umowy oraz przedłużenia terminu zakończenia prac,

" w dniu 14.09.2007 r. kierownik robót elektrycznych R. C. stwierdził, że w związku z prowadzeniem wykopu pod fundamenty masztów oświetleniowych natrafiono na niewybuchy,

" w dniu 19.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że inwestor dopuszcza realizację robót dotyczących zmiany warstwy konstrukcyjnej jeżeli nie spowoduje to wzrostu kosztów zamówienia. Inspektor stwierdziła też, że w przypadku natomiast gdyby miało to zdaniem kierownika budowy wpłynąć na zmianę ryczałtowej umowy i termin zadania to inwestor nie wyraża zgody na propozycję nadzoru autorskiego z dnia 21.08.2007 r. i poleca realizację robót zgodnie z dokumentacją. Inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdziła też, że próby wykonania warstwy 2 cm ze żwiru nie powiodły się, dlatego anulowała swoje wpisy z dnia 11.09.2007 r. i 12.09.2007 r.,

" w dniu 19.09.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że wykonanie dodatkowej warstwy 2 cm ze żwiru wiąże się ze wzrostem kosztów realizacji zadania oraz z wydłużeniem terminu realizacji robót,

" w dniu 20.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego T. Ż. poinformował wykonawcę, że przy realizacji zadania inwestycyjnego obowiązuje projekt budowlany, projekty wykonawcze objęte umową oraz SIWZ, zgodnie z którymi należy prowadzić roboty,

" w dniu 20.09.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że z uwagi na negatywny efekt formowania warstwy ze żwiru 2-8 mm na warstwie 16-31,5 nie ma możliwości formowania warstwy z piasku gliniastego. Stwierdził też, że powyższe skutkowało opóźnieniem w terminie realizacji tych robót i utratą możliwości dostawy zamówionego piasku gliniastego oraz ziemi próchnicznej,

" w dniu 21.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że projektant Z. W. w obecności przedstawicieli wykonawcy i inwestora pobrał próbkę kruszywa 16-31,5 mm do badań,

" w dniu 22.09.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o wyrażenie zgody na formowanie warstwy z piasku gliniastego na warstwie z kruszywa 16-31,5 mm oraz poinformował, że w przypadku braku odniesienia przystąpi do realizacji ww. warstwy,

" w dniu 25.09.2007 r. kierownik robót A. O. poinformował, że uzyskał możliwość dostawy piasku gliniastego i ponownie wniósł o wyrażenie zgody na formowanie tej warstwy,

" w dniu 26.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) zwróciła się do wykonawcy o dostarczenie badań laboratoryjnych kruszywa wbudowanego w warstwę konstrukcyjną 16-31,5 mm,

" w dniu 26.09.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) zwróciła się z prośbą do kierownika robót A. O. o dostarczenie obliczeń dotyczących wzrostu kosztów,

" w dniu 27.09.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził rozpoczęcie formowania warstwy z piasku gliniastego. W tym samym dniu inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) zakazała układania warstwy piasku gliniastego bezpośrednio na warstwie konstrukcyjnej z kruszywa 16-31,5 mm wskazując, że na warstwę tę należy ułożyć warstwę 2 cm z frakcji 2-8,

" w dniu 27.09.2007 r. kierownik robót A. O. wstrzymał roboty prowadzone na płycie boiska na obszarze formowania kolejnych warstw nad kamieniem 16-31,5 mm wskazując, że wymaga to spisania protokołu konieczności, zawarcia aneksu do umowy i wydłużenia terminu realizacji prac,

" w dniu 02.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że pobrano 3 reprezentatywne próbki kruszywa 16-31,5 mm w celu przeprowadzenia badań na Politechnice (...). W tym samym dniu stwierdziła, że z opinii Politechniki (...) wynika, że wspomniany materiał jest trudnozagęszczalny oraz zwróciła się do projektanta o zajęcie stanowiska w sprawie korekty warstwy kruszywa kamiennego w celu uzyskania prawidłowego zagęszczenia,

" w dniu 03.10.2007 r. kierownik robót A. O. zwrócił się o potwierdzenie prawidłowości rozwiązań projektowych w zakresie formowania warstwy ziemi urodzajnej grubości 5 cm i warstwy piasku gliniastego grubości 10 cm na warstwie z piasku gliniastego wskazując na możliwość zatkania warstwy drenażowej,

" w dniu 03.10.2007 r. projektant Z. W. potwierdził konieczność realizowania warstwy kruszywa frakcji 16-31,5 m z wykonaniem górnej części tej warstwy z kruszywa frakcji 2-8 mm,

" w dniu 03.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) nakazała wykonywać warstwę z kruszywa 16-31,5 mm zgodnie z zaleceniami projektanta,

" w dniu 09.10.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że użytkownik obiektu zabronił wykonywania jakichkolwiek robót budowlanych w dniu 10.10.2007 r. w związku z organizacją meczu derbowego,

" w dniu 11.10.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru warstwę pokrywy piaskowej grubości 15 cm z wypełnieniem powierzchni żwirem 2-8 mm na obszarze ? boiska głównego oraz stwierdził przeprowadzenie próby formowania kolejnych warstw podbudowy boiska,

" w dniu 15.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła małe tempo robót oraz nakazała niezwłocznie realizację zadania wskazując, że obecnych jest 4 pracowników i 2 operatorów. W tym samym dniu inspektor nadzoru inwestorskiego dokonała odbioru warstwy podsypki,

" w dniu 16.10.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że przeprowadzono próbę formowania kolejnych warstw podbudowy boiska oraz że nadal widoczne są kałuże wody,

" w dniu 18.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że próba ułożenia piasku gliniastego potwierdziła, że materiał ten jest nieprzepuszczalny i wezwała wykonawcę do przedłożenia jego atestów i wykazania źródła pochodzenia,

" w dniu 18.10.2007 r. kierownik robót A. O. zgłosił do odbioru kolejną warstwę z kruszywa kamiennego 16-31,5 mm na obszarze ? boiska głównego, przekazał wyniki badań żądanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz poinformował, że w związku z zablokowaniem robót warstwowych nie jest możliwe ukończenie prac w umówionym terminie,

" w dniu 22.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że na budowie jest obecnych 2 pracowników wykonawcy,

" w dniu 23.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) nakazała wykonać badania zagęszczenia warstwy z kruszywa 16-31,5 mm metodą obciążeń płytowych. Stwierdziła też, że na budowie jest obecnych 2 pracowników wykonawcy,

" w dniu 23.10.2007 r. stwierdzono, że dostarczony piasek gliniasty nie odpowiada zakładanej wodoprzepuszczalności w związku z czym nakazano jego usunięcie w trybie pilnym z płyty boiska.

" w dniu 24.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła na budowie obecność dwóch pracowników wykonawcy,

" w dniu 25.10.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o podanie wymagań dla warstwy piasku gliniastego w zakresie wodoprzepuszczalności,

" w dniu 26.10.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła na budowie obecność dwóch pracowników wykonawcy,

" w dniu 26.10.2007 r. kierownik robót A. O. wniósł o jednoznaczne wskazanie technologii i ilości materiałów koniecznych do wykonania warstw podbudowy boiska oraz wskazał, że zastosowanie dodatkowej warstwy grubości 2 cm w niewielkim stopniu poprawi zagęszczalność warstwy,

" w dniu 26.10.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że z badań przeprowadzonych metodą płyty (...) wynika, że nie jest możliwe osiągnięcie zaprojektowanego współczynnika zagęszczalności,

" w dniu 29.10.2007 r. kierownik robót A. O. stwierdził, że na żądanie inspektora nadzoru inwestorskiego wykonano badanie zagęszczenia warstwy kruszywa 16-31,5 metodą płyty (...) oraz że podłoża nie da się zagęścić do projektowanego wskaźnika,

" w dniu 02.11.2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego D. S. (1) stwierdziła, że do dnia dzisiejszego nie otrzymała kompletu dokumentów będących podstawą odbioru ogrodzenia.

" 15.01.2008 r. kierownik budowy G. L. zaprzestał wykonywania obowiązków kierownika budowy.

(dowód: dziennik budowy nr (...) r., k. 33-59; 1085-1158)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Stan faktyczny w sprawie Sąd ustalił na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów, które w znacznej części nie były kwestionowane. W szczególności nie była kwestionowana treść wzajemnej korespondencji między stronami, stąd też Sąd uznał ją za wiarygodną.

Odnośnie zeznań świadków A. O., P. B., G. L. oraz H. C. Sąd zanalizował je pod kątem ich zgodności z dokumentami zgromadzonymi w sprawie. Osoby te opisały przebieg budowy, a ich zeznania wzajemnie ze sobą korespondowały, zgodne też były z dokumentami zgromadzonymi w sprawie. Sąd miał też na uwadze, iż P. B. nie był w jakikolwiek sposób związany z żadną ze stron niniejszego sporu, co dodatkowo przemawiało za wiarygodnością tych zeznań. Spór nie tyle dotyczył samego przebiegu procesu inwestycyjnego i czynności podejmowanych w określonych terminach, co oceny pewnych okoliczności i zdarzeń z punktu widzenia należytego wykonania postanowień zawartej między stronami umowy. Rozbieżności co do elementów stanu faktycznego mających wpływ na rozstrzygnięcia omówione zostaną w dalszej części uzasadnienia.

Odnośnie prywatnych opinii złożonych przez powoda w toku sprawy Sąd miał wprawdzie na uwadze, iż przepis art. 245 kpc wskazuje, iż jest to dowód tego, że osoba, która podpisała dokument, złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie, jednakże nie można na tej tylko podstawie a priori deprecjonować walorów dowodowych takich dokumentów. Dokumenty takie winny bowiem być oceniane w powiązaniu z pozostałym materiałem dowodowym i dopiero na podstawie oceny całokształtu materiału dowodowego można stwierdzić, czy faktycznie moc dowodowa takich dokumentów ograniczona jest faktycznie wyłącznie do kwestii określonych w art. 245 kpc. Sąd miał na uwadze, iż opinie prywatne złożone przez powoda w sprawie zbieżne są w swych wnioskach z opinią instytutu powołanego w niniejszej sprawie - Politechniki (...).

Odnośnie opinii Politechniki (...) Sąd uznał ją za wiarygodną i w pełni rzetelną, sporządzoną przez osoby mające odpowiednią wiedzę w tym zakresie. Z opinii jednoznacznie wynika, że przewidziany w projekcie materiał - kruszywo kamienne o frakcji 10-40 mm nie pozwalał na uzyskania wymaganego projektem współczynnika zagęszczenia. Podobnie zastosowanie kruszywa łamanego frakcji 16-31,5 mm nie doprowadziłoby do uzyskania takiego zagęszczenia. W tym więc zakresie wystąpił błąd w projekcie, który uniemożliwił jego wykonanie.

Strona pozwana jako jedyny zarzut do opinii wskazała, iż winna być ona sporządzona przez biegłego z zakresu budowy boisk sportowych. Zarzut ten w ocenie Sądu był nieuzasadniony. Pomijając już fakt, iż nie istnieje odrębna specjalizacja - budowa boisk, to podkreślić należy, że wnioski opinii byłyby takie same niezależnie od tego, do jakiego obiektu przeznaczona byłaby warstwa drenażowa. Przedstawiciel instytutu na rozprawie wskazał, iż stopnia zagęszczenia zakładanego w projekcie nie udałoby się osiągnąć nawet gdyby przedmiotem inwestycji była droga. Przedmiot inwestycji nie ma żadnego związku z właściwościami fizycznymi materiałów użytych do realizacji; nie zmieniają się one bowiem w zależności od tego, czy budowana jest droga czy też stadion piłkarski.

Sąd nie oparł się na opinii biegłej A. S., gdyż jak wskazała biegła mogła ona sporządzić opinię z zakresu projektu zieleni, wycinki drzew i krzewów, przygotowania skarpy pod nasadzenia, sadzenia roślin, warstw nośnych trawnika, nawierzchni z trawy naturalnej oraz pielęgnacji zieleni (k. 515). Spór w sprawie dotyczył jednak innych kwestii technologicznych przez które zakłócony został proces realizacyjny. Zasadniczymi problemami były takie kwestie jak prawidłowo zaprojektowana warstwa drenażu tj. użycie w projekcie odpowiednich materiałów, istnienie materiałów wybuchowych na placu budowy - elementy te wykraczały poza zakres biegłego z zakresu architektury krajobrazu.

Nadto biegła nie sprawdzała, czy przewidziany w projekcie materiał do wykonania drenażu - kruszywo frakcji 10-40 mm pozwoli na osiągnięcie zaprojektowanego współczynnika zagęszczenia.

W ograniczonym zakresie Sąd dokonał ustaleń w oparciu o opinię biegłego sądowego B. D. (1) z uwagi na fakt, iż biegły zasadniczą część swojej opinii oparł na stwierdzeniu, iż projekt budowlany sporządzony został przez fachowców, został zatwierdzony przez odpowiednie podmioty i uzyskał pozwolenie na budowę, co zdaniem biegłego równoznaczne było z tym, iż projekt zgodny jest z przepisami i zasadami wiedzy technicznej. Biegły nie dokonał więc własnych ustaleń w zakresie prawidłowości rozwiązań projektowych. Wskazać należy, iż art. 35 ust. 2 ustawy z 7 lipca 2004 r. Prawo budowlane został uchylony przez art. 1 pkt 28 lit. b) ustawy z dnia 27 marca 2003 r. (Dz.U.2003.80.718) zmieniającej nin. ustawę z dniem 11 lipca 2003 r.. Przepis ten dawał organom administracji budowlanej możliwość badania zgodności projektu architektoniczno-budowlanego z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi i obowiązującymi Polskimi Normami, w zakresie określonym w art. 5. Uchylenie tego przepisu powodowało, iż w tym zakresie organy te nie kontrolowały poprawności projektu budowlanego. Uzyskanie pozwolenia na budowę co do przedmiotowej inwestycji nie było więc gwarancją poprawności projektu budowlanego.

Z drugiej strony biegły D. wskazał, iż poza zmianą kruszywa nie odnotował żadnych odstępstw od projektu, co wyklucza wniosek o niezgodnym z projektem wykonywaniu umowy.

Z podobnych względów Sąd jedynie w ograniczonym zakresie oparł się na opinii biegłego J. L.. Ten biegły również opierał się na założeniu, iż projekt jest zatwierdzony, a więc rolą powoda było jego wykonanie. Biegły również nie sprawdzał poprawności rozwiązań projektowych.

Podkreślić należy, iż biegli, którzy sporządzali opinię w sprawie, szeroko rozpisywali się co do kwestii materiałów wybuchowych na placu budowy, wiedzy powoda o tej okoliczności, funkcji, jaką pełnił lub mógł pełnić A. O., a także możliwości zabrania dziennika budowy z placu budowy i zastąpienia go dziennikiem zastępczym. W ocenie Sądu te akurat kwestie podlegają ustaleniu przez Sąd jako sfera faktów i ich oceny prawnej. W tym zakresie nie można mówić o potrzebie zasięgnięcia opinii z uwagi na konieczność skorzystania z wiedzy specjalnej. Opinie w tym zakresie mogły więc być traktowane jedynie pomocniczo w zakresie uporządkowania okoliczności faktycznych oraz przytoczenia przepisów regulujących te kwestie.

W ocenie Sądu powództwo zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

W toku sporu pozwana nie kwestionowała wysokości wierzytelności powoda określonej pierwotnie w pozwie, a wynikającej z umowy (poza kwotą co do której prawomocnie odrzucono pozew tj. 68640 zł). Należność powoda wyliczona została w oparciu o inwentaryzację sporządzoną przez pozwaną, która wyceniła prace na poziomie 2.483.186,32 zł. W listopadzie 2009 r. pozwana wyceniła pracę powoda na poziomie 2.499.503,77 zł, co nie miało jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro powód wyliczył należne mu wynagrodzenie w oparciu o kwotę niższą.

Od kwoty 2.483.186,32 zł powód odjął należności zapłacone już przez pozwaną czy to powodowi czy też podwykonawcy tj. kwoty 667022,80 zł, 910.988,03 zł, 369.660 zł Powód odjął też kwotę zasądzoną na jego rzecz w sprawie z jego powództwa przeciwko Gminie Miasta G. toczącej się przed Sądem Okręgowym w Gdańsku I C 843/08 tj. kwotę 172988,68 zł.

W efekcie wierzytelność powoda wynosiła 362.256,81 zł, przy czym kwotę tę należało pomniejszyć o kwotę 68640 zł co do której nastąpiło prawomocne odrzucenie pozwu.

Obrona pozwanej opierała się na fakcie, iż 29 października 2007 r, pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a następnie nałożyła w związku z tym karę umowną w wysokości 437.821,40 zł., którą następnie potrąciła z wierzytelnością powoda. Spór w sprawie sprowadzał się więc do oceny, czy zasadne było odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn zależnych od wykonawcy, a przede wszystkim, czy zaistniały podstawy do naliczenia przez pozwaną kary umownej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż oświadczenie o odstąpieniu oparte zostało o treść art. 635 kc przewidującym możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego w przypadku opóźnień w wykonaniu robót. Sama treść oświadczenia o odstąpieniu jednoznacznie wskazuje na opóźnienia w realizacji inwestycji. Powód kwestionował zasadność odstąpienia od umowy wyrażonego oświadczeniem z 29 października 2007 r. Treść tego oświadczenia obliwowała więc do jego oceny z punktu widzenia terminowości realizacji inwestycji oraz przyczyn zaistniałych opóźnień. Nie istniała natomiast potrzeba oceny prac powoda z punktu widzenia prawidłowości ich wykonania oraz ewentualnych wad w wykonawstwie. Podkreślić też należy, iż korespondencja złożona do akt sprawy nie wskazywała, aby powód wykonywał prace wadliwie.

W sprawie niesporne było, iż doszło do opóźnień w realizacji inwestycji w stosunku do wcześniej zaplanowanego. Powód podnosił jednak, iż przyczyny opóźnień leżały po stronie pozwanej. Przepis art. 471 kc stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W zakresie obowiązku wykonania inwestycji dłużnikiem był powód. Z przepisu powyższego wywnioskować można, że to powód zgodnie z art. 6 k.c. winien był wykazać, iż zachodziły takie okoliczności powodujące opóźnienie, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Analizując wskazywane przez powoda przyczyny opóźnień w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego Sąd uznał, iż zachodziły niezależne od powoda okoliczności, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu prac.

Z zapisów w dzienniku budowy wynika, iż w dniach 26 czerwca - 13 lipca 2007 r. inspektor nadzoru budowlanego wstrzymał prace. Jako przyczynę podano brak kierownika budowy oraz kierownika robót, a także niezgodność wykonanych prac z warunkami. Nie zostało jednakże wskazane w samym dzienniku budowy oraz w innych dokumentach, na czym ta niezgodność miałaby polegać. Pozwana w tym zakresie nie przedstawiła żadnego dowodu. Podkreślić należy, że dziennik budowy (art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) nie jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 244 kpc., nie korzysta również z mocy dowodowej takiego dokumentu. Urzędowy charakter dziennika budowy przejawia się tylko w tym, że właściwy organ wydaje inwestorowi odpowiednio przygotowany i sformalizowany wzorec tego dokumentu, który jest wypełniany treścią w toku procesu budowlanego. Gdyby bowiem uznać, że dziennik budowy stanowi dokument urzędowy w rozumieniu art. 244 kpc, bądź przynajmniej ma taki charakter, to tym samym należałoby uznać, że wpis inwestora własnej budowy (podobnie jak wpis projektanta, kierownika budowy, inspektora nadzoru budowlanego oraz kierownika robót) zaświadczałby i korzystałby z domniemania prawdziwości. Trudno zaakceptować taki punkt widzenia. Nie można za dokument urzędowy uznać zapisów w dzienniku budowy dokonanych przez inwestora, a także inspektora nadzoru budowlanego, kierownika robót budowlanych i projektanta, jeżeli wpisy te nie zostały dokonane w zakresie powierzonych im przez ustawę zadań z zakresu administracji publicznej. (wyrok SN z dnia 18-02-2015 r., I CSK 107/14). Skoro więc tenże wpis inspektora nadzoru budowlanego z 26 czerwca 2007 r. nie miał mocy dokumentu urzędowego, co więcej - nie został on sprecyzowany na tyle, aby można było ocenić, czy faktycznie powód wykonywał prace niezgodnie z warunkami, to tym samym nie można uznać, iż była to uzasadniona przyczyna wstrzymania prac.

Odnosnie braku kierownika budowy oraz kierownika robót wskazać należy, iż w samej umowie wskazana została osoba stanowiąca kierownika budowy. W treści umowy wskazano też osobę, którą określono jako kierownik projektu oraz kierownika wspomagającego kierownika budowy. Pozwana taki stan rzecz akceptowała, skro podpisała umowę takiej treści. W samej umowie nie zawarto zapisu o obowiązku ustanowienia osoby, która formalnie będzie pełnić funkcję kierownika budowy. Faktycznie funkcję tę sprawował kierownik wspomagający będący kierownikiem projektu. Mimo takiego stanu rzeczy pozwana zdecydowała się przekazać powodowi plac budowy, a następnie przez okres prawie miesiąca akceptowała obecność kierownika projektu jako pełniącego funkcję kierownika budowy. Nie ma ani jednego wpisu do dziennika budowy czy też jakiegokolwiek pisma, z którego wynikałoby, iż pozwana domaga się ustanowienia kierownika budowy. Faktem jest, iż przepisy prawa budowlanego nie przewidują takiego uczestnika jak kierownik projektu, to jednak nie zwalniało to inwestora z obowiązku współdziałania z wykonawcą z mocy art. 354 § 2 kpc. Skoro osoba określona jako kierownik projektu (kierownik wspomagający kierownika robót) miała pełne kwalifikacje do

pełnienia funkcji kierownika budowy, a jednocześnie faktycznie funkcję tę pełniła, to trudno za uzasadnione uznać zakwestionowanie obecności tej osoby na placu budowy przez pozwaną po upływie miesiąca od rozpoczęcia prac. Zauważyć też należy, iż przepisy ustawy Prawo budowlane nie przewidują obligatoryjnego wyznaczenia zarówno kierownika budowy jak i kierownika robót budowlanych. Przepis art. 17 ustawy Prawo budowlane wskazuje, iż uczestnikiem procesu budowanego jest kierownik budowy lub kierownik robót. Użyta alternatywa rozłączna pozwala wnioskować, iż wystarczające jest ustanowienie przynajmniej jednej z tych osób.

Dodatkowo Sąd miał na uwadze, iż jeszcze na dokumentach sporządzonych 6 września 2007 r. - k. 1241-1243 (a więc po 13 lipca 2007 r., kiedy to A. O. formalnie został kierownikiem robót) za wykonawcę podpisywał się kierownik projektu, czego pozwana nie kwestionowała (w oparciu o te dokumenty sporządzono następnie aneks do umowy - k. 1244). Używane przez przedstawiciela wykonawcy nazewnictwo w zakresie funkcji budowlanej nie miało więc dla pozwanej żadnego znaczenia.

Odnośnie nieobecności kierownika budowy czy kierownika robót osób na placu budowy wskazać należy, że osobą obecną był kierownik projektu. Potwierdziły to zeznania świadka A. O., ale też wpisy w dzienniku budowy, które bardzo często dokonywane były właśnie przez tę osobę. Kierownik budowy pojawiał się co kilka dni, przy czym żaden przepis nie nakłada na kierownika budowy obowiązku stałej obecności na placu budowy, zwłaszcza jeżeli na budowie była osoba zastępująca go. Pozwany nie wskazał, w jaki sposób rzekomy utrudniony kontakt z przedstawicielem wykonawcy wpływał negatywnie na przebieg procesu budowlanego, co jest o tyle zastanawiające, że proces budowlany cały czas trwał i odnotowywano postępy w dzienniku budowy.

W kontekście przerwy w wykonywaniu robót na przełomie czerwca i lipca 2007 r. Sąd miał również na uwadze okoliczność, iż z placu budowy zabrany został na kilka dni dziennik budowy. Z § 11 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. Nr 108 poz. 953 ze zm.) wynika, że dziennik budowy znajduje się na stałe na terenie budowy lub rozbiórki i jest dostępny dla osób upoważnionych, nadto dziennik budowy należy przechowywać w sposób zapobiegający uszkodzeniu, kradzieży lub zniszczeniu. W przedmiotowej sprawie dziennik budowy został jednak zabrany celem dokończenia formalnych spraw związanych z innym zadaniem objętym tym samym pozwoleniem na budowę. Inwestor zmuszony był do zabrania z tego powodu dziennika budowy na okres kilku dni. Wprawdzie cytowane rozporządzenie nie przewiduje możliwości zakładania zastępczego dziennika budowy, jednakże, co podnosili biegli, tego typu rozwiązanie stosuje się w praktyce. Również w przypadku niniejszego procesu budowlanego taki zastępczy dziennik budowy został założony, a wpisów w nim dokonywali zarówno przedstawiciele inwestora jak i wykonawcy. Taka praktyka nie znajduje wprawdzie potwierdzenia w przepisach, jednakże jest wymuszona okolicznościami faktycznymi. Ustawodawca nie przewidział sytuacji, w której dziennik budowy musi być zabrany z placu budowy celem dokończenia kwestii formalnych związanych z realizacją innego zadania, a objętego tym samym pozwoleniem na budowę. Przepis § 3 ust. 1 cytowanego rozporządzenia nakazuje założenie dziennika budowy dla obiektu wymagającego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia; nie nakazuje więc założenia dwóch dzienników budowy dla różnych zadań objętych tym samym pozwoleniem na budowę. Rozwiązaniem tego problemu mogło być jedynie założenie dziennika zastępczego, co zresztą strony uczyniły i do pewnego momentu tego rozwiązania nie kwestionowały.

Powyższe uwagi nie zmieniają jednak faktu, że przerwa w wykonywaniu prac nastąpiła z uwagi na ich wstrzymanie przez inspektora nadzoru budowlanego. Uznając jednakże, iż nie było podstaw do wstrzymania prac budowlanych na okres ponad dwóch tygodni, należało dojść do wniosku, że opóźnienie w realizacji inwestycji z tej przyczyny nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy.

Kolejną przyczyną opóźnień w pracach była potrzeba wykonania dodatkowych badań saperskich. Z przepisy art. 647 kc wynika, że obowiązkiem inwestora są m.in. czynności związane z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy. Teren musi być tak przygotowany, aby możliwe było rozpoczęcie na nim prac budowlanych. W przedmiotowej sprawie obowiązek ten oznaczał m.in. dokonanie sprawdzenia terenu pod kątem zagrożenia niewybuchami.

Wbrew stanowisku pozwanej Sąd uznał, iż nie było podstaw do przyjęcia, że powód wiedział o konieczności przeprowadzenia badań saperskich oraz powinien okoliczność tę uwzględnić podejmując się roli wykonawcy. Informacja o potrzebie wykonania badań saperskich pojawiła się w protokole przekazania placu budowy z 31 maja 2007 r., a więc już po zawarciu umowy. W samej treści umowy taki obowiązek nie został zamieszczony. W projekcie wykonawczym przebudowy stadionów MOSiR w G. z marca 2006 r. - załącznik nr (...) informacja o bezpieczeństwie i ochronie zdrowia wskazano, iż roboty szczególnie niebezpieczne nie występują. W projekcie wykonawczym zadania nr (...) dla przebudowy stadionów MOSiR z kwietnia 2006 r. wskazano, iż pozwana zleci odrębne badania saperskie przed rozpoczęciem budowy (k. 12), zaś na karcie 22 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót zadanie nr 3 z kwietnia 2006 r. wskazano, iż zachodzi podejrzenie obecności niewypałów. Z zapisów tych nie wynika jednakże, iż protokół tych badań został przekazany powodowi przed zawarciem umowy, nie wynika z tego również, iż na terenie przeznaczonym na inwestycję znajdują się materiały wybuchowe. Powód mógł działać w zaufaniu do inwestora, że ten faktycznie zgodnie z zapisem w dokumentacji sprawdził teren pod względem obecności niewybuchów. Zasady współdziałania obu stron procesu budowlanego wynikające z art. 354 kc wymagają, aby inwestor przekazał wykonawcy tak ważną informację jak protokół sprawdzenia terenu pod kątem obecności materiałów wybuchowych.

Skutkiem powyższego było wydłużenie czasu realizacji umowy o okres około tygodnia; konieczne bowiem było dokładne sprawdzanie wywożonego materiału pod kątem obecności niewybuchów. Powód, wobec braku stosownej informacji, nie musiał uwzględniać tych czynności sprawdzających przy kalkulowaniu czasu niezbędnego do wykonania prac. Opóźnienie z tego wynikające nie może więc obciążać powoda.

Najważniejszą przyczyną opóźnienia w pracach, a następnie ich przerwania była jednak wadliwość projektu w zakresie systemu drenażu. Z opinii instytutu - Politechniki (...) sporządzanej w niniejszej sprawie wynika, że zaprojektowane kruszywo kamienne - żwir frakcji 10-40 mm oraz zastosowane kruszywo frakcji 16-31,5 mm są materiałem jednofrakcyjnymi przez co bez doziarnienia lub częściowego przekruszenia są one materiałem bardzo trudno zagęszczalnym. W rezultacie, technologicznie niemożliwe było ich zagęszczenie do poziomu określonego w projekcie. Dodatek żwirów o mniejszym uziarnieniu (2-8 mm lub 3-5 mm) powodował natomiast jedynie w niewielkim stopniu poprawę ich zagęszczenia. W przypadku tych żwirów niemożliwe było także osiągnięcie zaprojektowanego wskaźnika odkształcenia I_0 o wartości mniejszej niż 2,2. Są one także podatne na boczną rozszerzalność.

Błędem projektowym było również nakazanie zastosowania piasku gliniastego, ponieważ charakteryzuje się on bardzo niskim współczynnikiem wodoprzepuszczalności, dlatego blokowałyby on przepływ wód opadowych oraz wody używanej do podlewania murawy. Skutkowałoby to natomiast niemożnością odprowadzania wody z nawierzchni boiska, powstawaniem kałuż oraz gniciem trawnika.

Efektom powyższych wadliwości było, iż nie możliwym stało się wykonanie kolejnych prac tj. położenia kolejnych warstw na płycie boiska.

Kwestia doboru kruszywa do wykonania podłoża pojawiła się przynajmniej od początku sierpnia 2007 r. W dniu 7 sierpnia 2007 r. inspektor nadzoru zwrócił się do projektanta o wyrażenie zgody na wbudowanie kruszywa kamiennego 16-31,5 mm w miejsce kruszywa kamiennego 10-40 mm. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie ma podstaw do przyjęcia, iż zmiana ta była wynikiem wyłącznie życzenia wykonawcy motywowanego chęcią zaoszczędzenia wydatków. Była to próba zmiany materiału po to, aby osiągnąć współczynnik zagęszczenia przewidziany w projekcie. Taka zmiana została zaakceptowana przez wykonawcę, który jednakże we wrześniu 2007 r. zmienił zdanie i nakazał wykonanie prac zgodnie z projektem tj. z kruszywa kamiennego - żwiru frakcji 10-40 mm, a następnie 3 października 2007 r. nakazał wykonywać warstwę z kruszywa 16-31,5 mm zgodnie z zaleceniami projektanta. Jednocześnie wpisem z 27 września 2007 r. inspektor nadzoru budowlanego zabronił układania warstwy piasku gliniastego bezpośrednio na warstwie konstrukcyjnej z kruszywa 16-31,5 mm wskazując, że na warstwę tę należy ułożyć warstwę 2 cm z frakcji 2-8; tym samym wstrzymał wykonywanie prac przewidzianych projektem. Podkreślić też należy, iż oba rodzaje kruszywa nie pozwalały na osiągnięcie zakładanego w projekcie współczynnika zagęszczenia. Wadliwość projektu potwierdza również fakt, iż kolejny wykonawca tego samego zadania otrzymał

projekt z innymi rozwiązaniami dotyczącymi drenażu. Zmianę sposobu wykonania drenażu trudno wytłumaczyć jakąkolwiek inną przyczyną jak wadliwością projektu.

W takim przypadku tj. gdy dostarczona przez inwestora dokumentacja nie pozwalała na prawidłowe wykonanie robót obowiązkiem wykonawcy zgodnie z art. 651 kc było zawiadomienie o tym inwestora. Wykonawca w takiej sytuacji miał możliwość wstrzymania się z dalszymi pracami. Jednocześnie podkreślić należy, iż wykonawca nie miał obowiązku szczegółowego badania zgodności dostarczonego projektu z zasadami wiedzy technicznej, zwłaszcza w przypadku, gdy sporządzony on został przez profesjonalne biuro projektowe (wyrok SN z 26.06.2008 r., II CSK 101/08; wyrok SN z 27.03.2000 r., III CKN 629/98).

Wskazana powyżej wadliwość projektu w połączeniu z brakiem jednoznacznej decyzji inwestora co do dalszego sposobu wykonywania prac (wpisy w dzienniku budowy w tym zakresie wskazują, iż inwestor nie był w stanie podjąć jednoznacznej i konkretnej decyzji kilkakrotnie je zmieniając) uzasadniała wstrzymanie prac przez wykonawcę. Nie było bowiem możliwości wykonania kolejnych etapów prac w sytuacji, w której prawidłowe funkcjonowanie każdej kolejnej warstwy boiska uzależnione było od właściwie wykonanej warstwy drenażu. Stąd też wpisy inspektora nadzoru o niewielkiej liczbie pracowników powoda na placu budowy nie są w ocenie Sądu wynikiem zaniedbań leżących po jego stronie, a brakiem możliwości wykonywania kolejnych prac. Nadto wpisy dotyczące zbyt małej liczby pracowników pojawiły się dopiero w połowie października 2007 r., a więc na dwa tygodnie przed odstąpieniem od umowy. Wpisy te mogły więc stanowić materiał stworzony jedynie po to, aby uzasadnić odstąpienie od umowy.

Mając na uwadze wszystkie przedstawione powyżej okoliczności Sąd uznał, iż odstąpienie od umowy z winy wykonawcy na podstawie art. 635 kc nie było uzasadnione. Tym samym nie było również podstaw do naliczenia kary umownej w oparciu o § (...) ust. (...) umowy. W efekcie więc żądania przez powoda pierwotnie kwota zasługiwała na uwzględnienie z tym jednak zastrzeżeniem, iż od tej kwoty winna być odjęta kwota 68640 zł, co do której nastąpiło prawomocne odrzucenie pozwu.

O odsetkach od powyższej kwoty Sąd orzekł zgodnie z żądaniem pozwu na mocy art. 481 kc mając na uwadze, iż zgodnie z umową termin płatności faktur za wykonane prace wynosi do 28 dni od daty ich otrzymania przez zamawiającego. Faktury będące podstawą żądania pozwu zostały wystawione w dniu 2 listopada 2007 r. Początkowa data naliczania odsetek nie była kwestionowana przez pozwanego. Sąd miał na uwadze, iż z dniem 1 stycznia 2016 r. wprowadzone zostało do kodeksu cywilnego pojęcie odsetek za opóźnienie. Mając na uwadze, iż instytucja ta znajduje zastosowanie również do umów zawartych przed 1 stycznia 2016 r., koniecznym było zasądzenie od tej daty odsetek za opóźnienie od zasądzonej kwoty.

Sąd nie uwzględnił natomiast żądania powoda dotyczącego zapłaty przez pozwanego kary umownej na zasadzie § (...) ust. (...) umowy. Powód wskazała (k. 821), iż tenże przepis umowy stosować należy również w przypadku odstąpienia przez pozwanego od umowy z przyczyn leżących po jego stronie.

Sąd poglądu tego nie podziela. Przepis p (...) ust. (...) łączącej strony umowy wskazuje na możliwość domagania się zapłaty kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn zależnych od zamawiającego. Zapisy łączącej strony umowy w zakresie kar umownych sformułowane zostały jednoznacznie. Precyzyjnie wskazano, w jakich przypadkach, komu i w jakiej wysokości należy się kara umowna. Nie ma żadnych podstaw do rozszerzającej interpretacji zapisów umowy, gdyż to wymagałoby ustalenia zgodnego zamiaru stron. Nie ma dowodów na to, że strony chciały objąć swym zgodnym zamiarem możliwość domagania się przez wykonawcę zapłaty kary umownej w innych niż wskazanych w umowie przypadkach.

Jednocześnie przepis § (...) ust. (...) umowy wskazuje, iż możliwość domagania się zapłaty kary umownej uzależniona jest od odstąpienia od umowy przez wykonawcę. W przedmiotowej sprawie jednak wykonawca od umowy nie odstąpił. Zakończenie współpracy stron nastąpiło na skutek oświadczenia złożonego przez pozwaną Gminę. Mimo że oświadczenie to nie było skuteczne z uwagi na niespełnienie przesłanek do złożenia takiego oświadczenia, to wciąż powód nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Wniosek ten nie stoi w sprzeczności z wcześniejszymi rozważaniami, w których wskazano na konieczność zapłaty przez pozwaną kwoty dochodzonej pierwotnie przez

powoda, skoro powód swoje pierwotne żądanie uzasadniał niezapłaceniem za wszystkie wykonane przez niego prace do dnia 29 października 2007 r.

Na marginesie jedynie Sąd zaznacza, iż żądanie powoda zapłaty przez pozwaną kary umownej nie uległo przedawnieniu, skoro powód dwukrotnie - 28 października 2009 i 26 października 2012 r. składał wnioski o zawiązanie do próby ugodowej obejmując tymi wnioskami m.in. roszczenie o zapłatę kary umownej. Członności z mocy art. 123 § 1 kc przerwały bieg terminu przedawnienia.

Z uwagi na powyższe na mocy wskazanych powyżej przepisów Sąd orzekł jak w pkt I i II wyroku.

Rozstrzygając o kosztach procesu Sąd orzekł na mocy art. 108 § 1 k.p.c. 98 § 3 k.p.c., 99 kpc., 100 k.p.c. oraz § 2 i 6 pkt 7 i § 12 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. opłaty za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1349 ze zm.), a także § 2 i 6 pkt 7 i § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. opłaty za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1348 ze zm.),.

Kierując się zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu Sąd ustalił, iż powód wygrał sprawę w 37 %. Obie strony reprezentowane były przez fachowych pełnomocników, a koszty zastępstwa procesowego wyniosły: powód - 18017 zł, pozwana - 18.000. Kwota ta jest adekwatna do nakładu pracy pełnomocników i stopnia skomplikowania sprawy, jednocześnie uwzględnia fakt, iż sprawa znajdowała się trzykrotnie w Sądzie Apelacyjnym w Gdańsku w związku z wniesionymi zażaleniami. Dodatkowo powód uiścił opłaty od pozwu w wysokości 18113 zł i 22.024 zł, opłaty od zażaleń - łącznie 120 zł, zaliczki na poczet opinii biegłych - 1200 zł, 2000 zł i 6000 zł.

Do kosztów poniesionych przez powoda Sąd zaliczył także kwotę 11070 zł - poniesiony przez powoda koszt prywatnej opinii sporządzonej na zlecenie powoda przez Politechnikę (...). Sąd uznał ten koszt za celowy do dochodzenia należnych powodowi roszczeń Dzięki tremu dowodowi powód skutecznie podważył dwie opinie biegłych sporządzone w niniejszym postępowaniu. Opinia Politechniki (...) dotyczyła wszystkich aspektów istotnych do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i dzięki niej powód zdobył argumenty pozwalające skutecznie zwalczać większość argumentów strony przeciwnej. Ocena niektórych aspektów sprawy wymagała wiedzy specjalnej, którą posiadają wyłącznie odpowiednie instytucje. Możliwość zaliczenia kosztu prywatnej ekspertyzy do kosztów postępowania poniesionych przez stronę przewidują przedstawiciele doktryny (Jacek Gudowski; Komentarz do art.98 Kodeksu postępowania cywilnego; T. Bukowski, Rozstrzygnięcie o kosztach procesu cywilnego, s. 96).

Sąd nie uwzględnił natomiast wniosku powoda o zwrot kosztów prywatnej opinii sporządzonej przez (...) sp. z o.o. w K. (k. 1794) mając na uwadze, iż koszt ten nie był kosztem celowym. Powód dysponował już wcześniej sporządzoną opinią Politechniki (...) - państwowego podmiotu naukowego zajmującego się m.in. taką problematyką.

Sąd nie uwzględnił też kosztu sporządzenia opinii przez (...) Związek (...) - k. 1792 - kwota 4920 zł skoro równolegle sporządzona została opinia przez Politechnikę (...), która to opinia miała o wiele szerszy zakres i kompleksowo podchodziła do problematyki całego procesu budowlanego. Za celowy do obrony praw powoda Sąd uznał więc jedną z trzech opinii sporządzonych w toku postępowania na zlecenie powoda mając też na uwadze, iż w aktach znajdowały się również inne dowody potwierdzające zasadność stanowiska powoda.

.Po obliczeniu należnego obu stronom zwrotu kosztów postępowania (odpowiednio do stopnia, w jakim wygrały sprawę) oraz skompensowaniu wzajemnych należności Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 17721,28 zł (29061,28 zł - 11340 zł = 17721,28zł).

Wynagrodzenia przyznane biegłym i instytucji wyniosły łącznie 39477,81 zł., przy czym wynagrodzenie to zostało częściowo pokryte z wpłaconej zaliczki (9200 zł). Pozostałą częścią kosztów obciążyć należało obie strony procesu odpowiednio do wyniku postępowania. Z uwagi na powyższe sąd nakazał ściągnąć od powoda kwotę 19075,02 zł zaś od pozwanej - 11202,79zł