

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2018 r. r.

Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum w Szczecinie Wydział X Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSR Joanna Stelmasik
Protokolant:	Sekretarz sądowy Paula Nowosielecka

po rozpoznaniu w dniu 1 lutego 2018 r.

na rozprawie

w sprawie z powództwa L. K. (1)

przeciwko (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz powoda L. K. (1) kwotę 44 688,65 zł (czterdzieści cztery tysiące sześćset osiemdziesiąt osiem złotych 65/100) wraz z ustawowymi odsetkami (określonymi od 1 stycznia 2016r jako odsetki ustawowe za opóźnienie) liczonymi od dnia 10 lutego 2015r.

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8 235 zł (osiem tysięcy dwieście trzydzieści pięć złotych) tytułem kosztów procesu.

III. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie kwotę 2 934,28 zł (dwa tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote 28/100) tytułem kosztów sądowych wypłaconych tymczasowo z sum budżetowych

**Sygn. akt X GC 584/15**

## UZASADNIENIE

W dniu 11 marca 2015 roku powód L. K. (1) wniósł do Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie pozew przeciwko pozwanej (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. o zapłatę kwoty 44.688, 65 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 lutego 2015 roku oraz kosztami postępowania. Uzasadniając żądanie pozwu powód wskazał, że w dniu 13 marca 2009 roku zawarł z pozwaną umowę na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie Centrum (...) w G. w zakresie etapu I dotyczącego sali koncertowej oraz zaprojektowania i wykonania parkingu podziemnego, dróg dojazdowych i zagospodarowania terenu. Powód wyjaśnił, że zawarta umowa modyfikowana była aneksami w wyniku czego doszło do rozszerzenia zakresu powierzonych mu prac, gdyż zobowiązał się on wykonać dodatkowo: dostarczyć i wbudować substrat oraz nawierzchnie trawiastą na części dachów oraz ścieżkę z grysami kamiennymi wraz z podbudową i obrzeżami, co prowadziło również do zwiększenia należnej mu kwoty wynagrodzenia do kwoty około 877.195 zł netto. Powód podniósł, że wykonał zleczone mu roboty zgodnie z postanowieniami

umownymi w określonym terminie, zaś należność za wykonane prace wynosiła 1.258.371, 32 zł brutto, z czego pozwana zapłaciła kwotę 1.139.174, 23 zł, zaś zatrzymała kwotę 119.197, 09 zł, która stanowiła zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez powoda. Powód zwrócił uwagę, że kwota zabezpieczenia w zakresie 70 % została przez pozwaną zwrócona w wyniku wydania przez Sąd Okręgowy w Szczecinie nakazu zapłaty, natomiast pozostała kwota obejmująca 30 % zabezpieczenia zgodnie z postanowieniami umowy powinna być zwrócona po upływie okresu gwarancji. Powód wyjaśnił, że udzielił gwarancji jakości na wykonany przedmiot umowy na okres 36 miesięcy licząc od dnia wystawienia przez inwestora świadectwa przyjęcia dla całości robót stanowiących przedmiot kontraktu głównego, przy czym przedmiotowe świadectwo wystawione zostało w dniu 31 sierpnia 2011 roku.

W złożonej odpowiedzi na pozew, pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania. Pozwana przyznała, że zawarła z powodem wskazaną umowę, która modyfikowana była aneksami, a nadto, iż łączna kwota zatrzymanej przez pozwaną kaucji zabezpieczającej okres rękojmi i gwarancji jakości wynosiła 44.688, 65 zł. Podniosła, że faktury o nr (...) oraz (...) nie dotyczyły należności wynikających z umowy nr (...), gdyż dotyczyły innej inwestycji – przebudowy ul. (...) w G.. Pozwana zaprzeczyła, aby powód wywiązał się w sposób należyty i zupełny ze swoich obowiązków dotyczących usuwania wad w okresie rękojmi i gwarancji, wyjaśniając, że przedmiotem umowy było również wykonanie ścieżki łączącej Plac (...) z osiedlem (...) co obejmowało zarówno sporządzenie projektu zagospodarowania terenu i jak i realizację zagospodarowania, tymczasem powód nie uwzględnił jej odwodnienia co prowadziło do degradacji objawiającej się rozmyciem. Pozwana podniosła, że przyczyną takiego stanu było nieprawidłowe wykonanie ścieżki – brak wykonania systemu odwodnienia, podając, że wady ścieżki wykonywanej przez podwykonawcę ujawniły się po odbiorze jego prac, co stało się przyczyną wezwania podwykonawcy do ich usunięcia, w dalszej zaś kolejności do żądania wypłaty kwoty 120.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez U. Towarzystwo (...) oraz podstawy odmowy powodowi zwrotu kaucji gwarancyjnej.

W piśmie procesowym z dnia 14 lipca 2015 roku powód podniósł, że pozwana spółka nie miała zastrzeżeń co do jakości i terminowości wykonanych przez niego prac i dokonała zapłaty na jego rzecz, na podstawie wystawionych faktur VAT zatrzymując jedynie kwotę stanowiącą zabezpieczenie. Powód wyjaśnił, że gwarancja ubezpieczeniowa udzielona została dla zabezpieczenia usunięcia wad i usterek w związku z realizacją kontraktu jednak tylko w części związanej z pielęgnacją roślin w okresie gwarancyjnym. Powód zaprzeczył, aby wady ścieżki powstały z przyczyn należących po jego stronie, za które ponosi odpowiedzialność, podając, że proponował pozwanej, że może dokonać usunięcia wad za dodatkowym wynagrodzeniem, jednak prace te miałyby charakter prac dodatkowych z obowiązkiem naniesienia na rysunek zagospodarowania terenu właściwego systemu jego odwodnienia. Powód podniósł, że nie wykonywał projektu zamiennego ścieżki terenowej, wskazując, że projekt na podstawie którego realizował roboty objęte kontraktem, w tym ścieżkę terenową, sporządzony został zgodnie z dyspozycją pozwanej i w oparciu o dokumentację przez nią przedstawioną – stąd nie miał on możliwości innego sposobu wykonania ścieżki, co więcej projekt instalacji drenażowych wykonany został na zlecenie pozwanej przez inny podmiot. Powód zwrócił uwagę, że inwestycje w części dotyczącej ścieżki terenowej wykonywał w oparciu o dostarczony przez pozwaną projekt, który sporządzony został przez Biuro (...) spółkę akcyjną w W.. Powód podniósł, że nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne wady dostarczonej mu przez pozwaną spółkę dokumentacji projektowej, zaś ścieżka wykonana została zgodnie z dostarczonym projektem, z zasadami sztuki budowlanej oraz treścią aneksu nr (...), zaś pozwana dokonała odbioru tej inwestycji nie zgłaszając zastrzeżeń co do jakości oraz wypłaciła umówione wynagrodzenie.

W piśmie procesowym z dnia 20 listopada 2016 roku pozwana podniosła zarzut potrącenia, wskazując, że zgodnie z zawartą umową oraz aneksem nr (...) powód miał zaprojektować oraz wykonać prace związane z zagospodarowaniem zieleni na zadaniu (...) Centrum (...) w G., w tym zarówno sporządzić projekt małej architektury jak i projekt ten zrealizować. Zwróciła uwagę, że staranność powoda w zakresie wykonywania prac projektowych powinna polegać również na analizie terenu realizacji robót, wszelkich wynikających stąd utrudnień i ograniczeń, warunków geotechnicznych, która była znana powodowi oraz istniejącej dotychczas dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Pozwana podkreśliła, że powód składając podpis pod protokołem z dnia 2 marca 2009 roku stwierdził, że zapoznał się z przedstawioną dokumentacją, sprawdził ją pod kątem prawidłowości i kompletności, a nadto uznał,

że jest ona wystarczająca – uwzględnia wszelkie okoliczności niezbędne do złożenia oferty i umożliwi wykonanie robót i dostawę pełnowartościowego funkcjonalnie i zakresowo dzieła. Strona podniosła, że powód jest jednocześnie projektantem wykonywanych przez siebie robót, stąd ewentualny brak odwodnienia powinien zostać przez niego zauważony na etapie projektowania jak i na etapie wykonania. Pozwana wskazała, że powtarzająca się wada w postaci rozmywania ścieżki nie została przez powoda usunięta, w konsekwencji czego obciążyła ona powoda karą umową z tytułu opóźnienia w usunięciu wady stwierdzonej w okresie obowiązywania gwarancji jakości w kwocie 54.654, 80 zł, którą następnie potrąciła z wierzytelnością powoda z tytułu zatrzymanej kaucji.

W piśmie z dnia 3 stycznia 2017 roku powód podniósł, że oferta dotyczyć miała wykonania dokumentacji projektowej zieleni z automatycznym systemem nawadniania oraz wykonania zieleni z systemem automatycznego nawadniania i małej architektury, nie zaś wykonania projektu ścieżki terenowej. Powód podkreślił, że oferta miała zostać opracowana w oparciu o materiały przekazane mu przez pozwaną, w tym zwłaszcza projekt budowlany, co więcej z treści podpisanego protokołu wynika, że otrzymał dokumentację projektową opracowaną przez biuro B.. Strona zwróciła uwagę, że pozwana początkowo zleciła wykonanie ścieżki z płyt grafitowych, następnie zaś zmodyfikowała część umowy, oświadczając, że ścieżka ma zostać wykonana z grysłu kamiennego wraz z podbudową i obrzeżami, w konsekwencji czego powód uprzedził pozwaną, że zmiana materiału przy znacznym kącie nachylenia ścieżki oraz jej położenia w dolinie może powodować rozmywanie się ścieżki, zaś z pewnością będzie prowadziło do konieczności większej ilości prac konserwacyjnych.

W piśmie z dnia 26 stycznia 2018 roku pozwana podniosła zarzut potrącenia, wyjaśniając, że wada ścieżki realizowanej przez powoda na podstawie umowy została ostatecznie usunięta w dniu 11 kwietnia 2017 roku, co doprowadziło do możliwości obciążenia powoda kary umownej.

#### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

L. K. (1) prowadzi działalność gospodarczą w ramach której wykonuje prace ogrodowe. Dodatkowo zajmuje projektowaniem zieleni i systemu nawadniania. Ukończył studia podyplomowe z zakresu projektowania zieleni. Nie posiada uprawnień budowlanych.

#### ***Dowód:***

- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 458-462.

Pismem z dnia 27 stycznia 2009 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej zwróciła się do L. K. (1) o przesłanie oferty na wykonanie robót dotyczących wykonania zieleni wraz z systemem automatycznego nawadniania i małej architektury, w tym wykonanie dokumentacji projektowej zieleni z automatycznym systemem nawadniania, małej architektury wg wytycznych. Spółka zwróciła się o opracowanie oferty w oparciu o przekazane materiały w postaci: projektu budowlanego jako podstawy do sporządzenia projektu, projektu zieleni, programu funkcjonalno – użytkowego oraz odpowiedzi inwestora.

W dniu 2 marca 2009 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. oraz L. K. (1) prowadzili negocjacje w kwestii zawarcia umowy dotyczącej prac w ramach zadania inwestycyjnego polegającego na budowie Centrum (...) w G.. W pkt 2 protokołu z mediacji L. K. (1) oświadczył, że udostępnione mu materiały są wystarczające i uwzględniają wszelkie okoliczności niezbędne do złożenia pełnej oferty, a tym samym umożliwiają wykonanie robót i dostawę pełnowartościowego funkcjonalnie i zakresowo dzieła. W pkt 14 protokołu wpisano, że oferent otrzymał dokumentację projektową opracowaną przez biuro (...) w W.. L. K. (1) przedstawił spółce kosztorys ofertowy wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni przy Centrum (...) w G. obejmujący takie pozycje jak: wykonanie projektu wykonawczego projektu zagospodarowania zieleni oraz systemu nawadniania całości zgodnie z wytycznymi do projektu; wykonanie prac ogrodniczych polegających na realizacji projektu zagospodarowania zieleni bez małej architektury, wykonania systemu automatycznego nawadniania, wykonania elementów małej architektury – ławki,

kosze na śmieci, wykonanie elementów małej architektury z granitu, schody terenowe oraz trzyletnia pielęgnacja zieleni wraz z nadzorem nad systemem nawadniania.

W dniu 13 marca 2009 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. (jako wykonawca) zawarła z L. K. (1) (jako podwykonawcą) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) Usługi (...) umowę nr (...) 08 056, której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem zieleni na zadaniu „Budowa Centrum (...) w G. – etap I sala koncertowa oraz zaprojektowanie i wykonanie parkingu podziemnego, dróg dojazdowych, zagospodarowania terenu” zgodnie z dokumentacją projektową wyszczególnioną w ust. 3, specyfikacją techniczną oraz z uwzględnieniem wykonania dokumentacji projektowej systemu automatycznego nawadniania i zieleni oraz małej architektury, wykonania prac ogrodniczych polegających na realizacji projektu zagospodarowania zieleni, elementów małej architektury oraz systemu automatycznego nawadniania z przyłączem wodnym, pielęgnacja obszaru zieleni wraz z nadzorem oraz systemem nawadniania przez okres 36 miesięcy po odbiorze końcowym zadania przez inwestora. Zgodnie z § 2 ust. 2 przedmiot umowy obejmuje wykonanie wszelkich prac podstawowych i pomocniczych mających na celu realizację przedmiotu umowy łącznie z pracami przygotowawczymi, wykonaniem niezbędnych pomiarów i badań, wykonaniem kompletnej dokumentacji powykonawczej i innych robót zgodnie z wymogami specyfikacji technicznych, dokumentacji projektowej, warunków kontraktu głównego. Zgodnie z § 2 ust. 3 podwykonawca otrzymał od wykonawcy dokumentację projektową opracowaną przez (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. w zakresie robót wykonywanych przez podwykonawcę: projekt budowlany zagospodarowania terenu (w tym projekt drogowy), projekt budowlany architektura, specyfikacje techniczne, pytania i odpowiedzi zamawiającego udzielone w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiącego przedmiot kontraktu głównego, przy czym komplet pozostałych projektów znajduje się do wzglądu u kierownika budowy. Zgodnie z § 2 ust. 4 podwykonawca oświadczył, że przed podpisaniem umowy zapoznał się z terenem realizacji robót oraz wszelkimi ograniczeniami i utrudnieniami związanymi realizacją inwestycji warunkami geotechnicznymi, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną, a także potwierdził, że istniejące warunki są wystarczające do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Wszelkie zastrzeżenia podwykonawcy dotyczące placu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy nie mogły być podstawą do dochodzenia roszczeń od wykonawcy oraz do żądania przez podwykonawcę dodatkowej zapłaty lub przesunięcia terminu robót. Zgodnie z § 2 ust. 5 podwykonawca oświadczył, że posiadał niezbędną wiedzę, doświadczenie, umiejętności, personel, sprzęt, urządzenia i materiały potrzebne do należytego i starannego oraz zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu umowy. Zgodnie z § 3 ust. 1 podwykonawca miał wykonać przedmiot umowy w następujących terminach: rozpoczęcie robót – 16 marca 2009 rok, zakończenie prac projektowych – 21 grudnia 2009 rok, zakończenie robót objętych przedmiotem umowy – 31 grudnia 2010 roku.

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 690. 150 zł netto. Do wynagrodzenia netto doliczony miał zostać podatek VAT w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury (§ 4 ust. 1 oraz ust. 2). Zgodnie z § 4 ust. 4 wykonawca mógł rozszerzyć umowny zakres robót, a podwykonawca zobowiązał się wykonać rozszerzony zakres robót. Rozliczenie robót miało nastąpić w oparciu o uzgodnione ceny jednostkowe i ilości robót wykonanych zgodnie ze specyfikacją techniczną i potwierdzonych przez wykonawcę oraz nadzór zamawiającego (§ 4 ust. 5). Rozliczenie robót następowało miało na podstawie faktur przejściowych wystawianych przez podwykonawcę na koniec miesiąca, w którym realizowane były prace i faktury końcowej wystawianych przez podwykonawcę (§ 5 ust. 1). Faktura końcowa miała zostać wystawiona przez podwykonawcę gdy przedmiot umowy zostanie wykonany w całości, bez usterek oraz przekazany protokołem odbioru wykonawcy i zostanie przez wykonawcę odebrany bez zastrzeżeń oraz gdy ten sam zakres robót zostanie odebrany protokolarnie bez zastrzeżeń przez zamawiającego (§ 3 ust. 5).

W celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, podwykonawca w ciągu 21 dni od daty podpisania umowy miał wnieść zabezpieczenie w wysokości stanowiącej 10 % wynagrodzenia umownego brutto w formie bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w treści zaakceptowanej przez wykonawcę, z terminem ważności do upływu 60 dni po dacie upływu okresu gwarancji. Trzydzieści pięć dni po

wystawieniu przez inżyniera świadectwa wykonania dla całości robót głównych kwota wymaganej gwarancji miała zostać zredukowana do 30% kwoty określonej powyżej (§ 6 ust. 1).

Jeżeli podwykonawca nie dostarczyłby gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, wykonawcy przysługiwało prawo zatrzymania na poczet zabezpieczenia 10 % wartości brutto umowy z faktur podwykonawcy (§ 6 ust. 3). Zwrot zabezpieczenia zatrzymanego miał nastąpić: co do kwoty stanowiącej 70 % po odbiorze końcowym przedmiotu umowy, lecz nie wcześniej niż po wystawieniu przez inżyniera świadectwa wykonania dla robót głównych; co do pozostałej kwoty po upływie okresu gwarancji (§ 6 ust. 4). Zwrot kwot zatrzymanych, o których mowa w ust. 4 miał być dokonany na pisemny wniosek podwykonawcy zawierający: numer umowy i wartość kwot zatrzymanych. Do wniosku podwykonawca miał dołączyć odpowiednio: kopie protokołu odbioru końcowego albo kopie protokołu odbioru ostatecznego po okresie rękojmi i gwarancji (§ 6 ust. 5). Zwrot kwoty zabezpieczenia miał nastąpić w terminie 60 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę wniosku wraz z protokołami (§ 6 ust. 6).

Zgodnie z § 8 ust. 1 podwykonawca udzielił gwarancji jakości na wykonany przedmiot umowy na okres 36 miesięcy (okres zgłaszania wad) licząc od daty wystawienia przez inwestora świadectwa przyjęcia dla całości robót stanowiących przedmiot kontraktu głównego. Podwykonawca zobowiązał się do usunięcia w okresie gwarancji i rękojmi na swój koszt wszelkich usterek w robotach podzleconych jakie wykonawca był zobowiązany usunąć według kontraktu głównego w takim samym okresie i na takich samych warunkach na jakich był za to odpowiedzialny wykonawca według kontraktu głównego (§ 8 ust. 3). Zgodnie z § 11 ust. 1 lit. a do obowiązków wykonawcy należało przekazanie podwykonawcy dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 12 ust. 1 wykonawca dostarczył podwykonawcy dokumentację projektową w zakresie robót wykonywanych przez podwykonawcę. W § 12 ust. 2 podwykonawca oświadczył, że zapoznał się z dokumentacją projektową, standardami konstrukcji i wykończenia oraz że przyjmuje przedmiot umowy do wykonania według przekazanej dokumentacji bez zastrzeżeń za umówione wynagrodzenie.

Podwykonawca miał zapłacić wykonawcy kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0, 1 % wynagrodzenia netto za przedmiot umowy, za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad (§ 16 ust. 1 lit. c). Wykonawca miał prawo do potrącania kar umownych z przysługującego dla podwykonawcy wynagrodzenia lub kaucji gwarancyjnej (§ 16 ust. 4 umowy).

#### **Dowód:**

- umowa z dn. 13.03.2009 r. z załącznikami k. 17-34,
- protokół z mediacji k. 205-207, 422-424, 453-456,
- kosztorys ofertowy k. 425,
- pismo z dn. 27.01.2009 r. k. 451,
- zeznania świadka E. Ł. k. 274-274v,
- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 459-462.

W marcu 2009 roku na zlecenie (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. mgr M. B. sporządziła dokumentację projektową odwodnienia terenu wokół obiektów (...) Centrum (...) w zakresie branży geotechnicznej. Dokumentacja ta obejmowała opis techniczny, wpływ inwestycji na środowisko, wskazania dotyczące odbioru, uwagi dla wykonawcy i inwestora, informacje dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz rysunki.

#### **Dowód:**

- dokumentacja projektowa k. 207-221.

W dniu 26 maja 2009 roku Biuro (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. sporządziła projekt budowlany – zagospodarowania terenu dotyczący parkingu podziemnego Centrum (...) w G..

**Dowód:**

- projekty k. 638-639.

W dniu 5 sierpnia 2009 odbyło się spotkanie przedstawiciela Miasta G., Inżyniera Kontraktu oraz L. K. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. w trakcie którego ustalono, że generalny wykonawca do dnia 18 sierpnia 2009 roku przedstawi zamawiającemu koncepcje zagospodarowania terenu wraz z układem pieszo – jezdnym, zgodną z projektem budowlanym wykonywanym przez (...).

W dniu 18 sierpnia 2009 roku odbyło się spotkanie przedstawiciela Miasta G., Inżyniera Kontraktu, L. K. (1) oraz spółki (...) w trakcie którego ustalono między innymi zmianę układu pieszo – jezdne poprzez przesunięcie ścieżki pieszej znajdującej się po zachodniej stronie budynku filharmonii o 1,5m od muru oporowego w celu wprowadzenia w to miejsce roślinności. W notatce ze spotkania wskazano, że rozważania jest zmiana nawierzchni na ścieżkach pieszych i pieszo-rowerowych znajdujących się na zachodnim oraz wschodnim stoku przy budynku filharmonii z płyty granitowej na grys granitowy.

**Dowód:**

- notatka służbowa k. 204, 472,
- notatka służbowa k. 469-470.

W dniu 21 sierpnia 2009 roku sporządzony został protokół zaawansowania robót podwykonawcy – L. K. (1) dotyczący prac wykonywanych w okresie od 16 marca 2009 roku do 21 sierpnia 2009 roku obejmujące prace projektowe związane z zagospodarowaniem zieleni oraz wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem zieleni.

**Dowód:**

- protokół zaawansowania robót k. 452.

W dniu 11 stycznia 2010 roku odbyło się spotkanie przedstawiciela Miasta G., Inżyniera Kontraktu, L. K. (1) oraz spółki (...) w trakcie którego ustalono między innymi, że w przedstawionej przez L. K. (1) koncepcji należy dopasować się architektonicznie do układu komunikacyjnego wykonanego przez (...) spółkę akcyjną. Nadto ustalono, że w zakresie ścieżki pieszo – rowerowej oraz ścieżki pieszej nastąpi zmiana nawierzchni z wykonanej z granitu na wykonaną z grypsu granitowego.

**Dowód:**

- notatka służbowa k. 471, 662.

W lutym 2010 roku L. K. (2) oraz E. Ł. sporządzili koncepcje zagospodarowania terenu w ramach obiektu (...) Centrum (...) w zakresie branży projektowania ogrodów.

**Dowód:**

- koncepcja zagospodarowania terenu k. 625-631,
- dokumenty zawarte na płycie CD k. 633.

W dniu 30 kwietnia 2010 roku strony zawarły aneks nr (...) do umowy rozszerzając zakres rzeczowy o wykonanie prac polegających na dostarczeniu i wbudowaniu substratu oraz wykonaniu nawierzchni trawiastej na części dachów.

Za wykonanie prac strony ustaliły wynagrodzenie wstępne w wysokości 110 000 zł netto, przy czym ostateczne rozliczenie nastąpić miało w oparciu o cenę jednostkową w wysokości 55 zł netto za metr kwadratowy i rzeczywistą ilość wykonanych i odebranych prac.

W dniu 22 października 2010 roku strony zawarły aneks nr (...) do umowy rozszerzając zakres rzeczowy o wykonanie prac – ścieżki z grysłu kamiennego wraz z podbudową i obrzeżami w cenie jednostkowej netto 95 zł za metr kwadratowy, przy czym szczegółowy zakres prac określony został w załączniku nr 1 do umowy. Za wykonanie prac strony ustaliły wynagrodzenie wstępne w wysokości 77 045 zł netto, przy czym ostateczne rozliczenie nastąpić miało w oparciu o cenę jednostkową w wysokości 95 zł netto za metr kwadratowy i rzeczywistą ilość wykonanych i odebranych prac. Zgodnie z załącznikiem nr 1 stanowiącym kosztorys ofertowy skrócony prace obejmować miały: koryta wykonywane w ręcznie w gruncie z zagęszczaniem podłoża walcem wibracyjnym jednoosiowym, plantowanie powierzchni gruntu rodzimego, rozplantowanie ziemi wzdłuż krawędzi wykopu, obrzeża, warstwy odsączające – ręczny sposób rozścielenia i zagęszczania, nawierzchnie z tłuczni kamiennego, warstwa dolna oraz górna z tłuczni.

W dniu 28 października 2010 strony zawarły aneks do umowy na mocy którego podwykonawca wyraził zgodę na dokonywanie płatności bezpośrednio przez inwestora na podstawie każdorazowej, pisemnej dyspozycji wykonawcy wskazującej kwotę należną do zapłaty zgodnie z umową.

Na mocy aneksu nr (...) strony dokonały przesunięcia terminy zakończenia całości prac stanowiących przedmiot umowy na dzień 28 kwietnia 2011 roku.

**Dowód:**

- aneksy wraz z załącznikami k. 35-39,
- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 459-462.

Zgodnie z początkowymi ustaleniami ścieżka wykonana miała być z płyt granitowych, jednakże z uwagi na zbilansowanie powierzchni całego obszaru generalny wykonawca – spółka (...) uzyskała zgodę zamawiającego na wykonanie ścieżek żwirowych. Część ciągów pieszych, które w projekcie przetargowym zostały przewidziane jako ścieżki wykonane z kostki granitowej za zgodą inwestora zamienione zostały na ścieżki gruntowe. Powodem dokonanej modyfikacji była kompensacja kosztów wynikająca z zmiany materiału placu głównego przez filharmonię.

**Dowód:**

- zeznania świadka S. L. k. 236-237,
- zeznania świadka Z. S. k. 321-322,
- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 459-462.

Przy realizacji projektu L. K. (1) dysponował mapą, którą otrzymał od spółki (...), na której wyrysowany był budynek filharmonii, otaczający teren, ciągu komunikacyjne. Ścieżki komunikacyjne projektowane były przez spółkę (...) mającą siedzibę w W.. L. K. (1) otrzymał dokumentację projektową z wyrysowanymi ścieżkami od spółki (...), nie dokonywał zmian w ich przebiegu. W ramach zawartej umowy L. K. (1) nie wykonywał projektu i odwodnienia terenu. Projekt taki wykonany został przez projektanta działającego w ramach spółki cywilnej działającej pod nazwą (...), który miał posiłkować się projektem sporządzonym przez spółkę (...).

**Dowód:**

- zeznania świadka E. Ł. k. 274-274v,
- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 459-462.

Wykonana przez L. K. (1) ścieżka żwirowa składała się z trzech warstw – warstwy tłucznia o grubości ok. 20 cm, drugiej warstwy tłucznia o mniejszej grubości ok. 10 cm i trzeciej warstwy z bardzo drobnego piasku o grubości ok. 2 cm. W odniesieniu do jednej z wykonanych ścieżek doszło do rozmywania się jej na całej długości. Dochodziło do rozmywania się ścieżki żwirowej przy obiekcie i powstania zagłębienia terenowego, w którym po ulewnych opadach pozostawała woda. Rozmywanie ścieżki związane było z dużym kątem nachylenia i wodami spływającymi z wyższych części terenu. Ścieżka gruntowa wymagała prac konserwacyjnych, gdyż po nawalnych deszczach koniecznym było dokonywanie uzupełnień. Budynek Filharmonii (...) położony jest w dolinie otoczonej wzgórzami co powoduje zlewanie wód. Zgłoszenia w przedmiocie występowania usterek dokonywane były po wystąpieniu intensywnych opadów deszczu. Pracownicy L. K. (1) dokonywali usunięcia usterek ścieżki. W wyniku zgłoszeń L. K. (1) podejmował działania dokonując utwardzenia ścieżki, uzupełnienia wypłukanego materiału. L. K. (1) zwracał uwagę generalnemu wykonawcy – spółce (...), że ścieżka wykonana została zgodnie z przedstawionym mu projektem.

**Dowód:**

- zeznania świadka M. K. k. 298,
- zeznania świadka A. K. (1) k. 299,
- zeznania świadka L. N. k. 300,
- zeznania świadka Z. S. k. 321-322,
- zeznania świadka H. L. k. 348-449,
- zeznania świadka P. Z. k. 373,
- zeznania świadka P. K. (1) k. 407,
- przesłuchanie powoda L. K. (1) k. 459-462.

Inwestycja została zakończona z zachowaniem przewidzianego umową terminu realizacji zadania. Prace odebrane zostały bez zastrzeżeń w sierpniu 2010 roku. Odnośnie inwestycji wydane zostało pozwolenie na użytkowanie i obiekt ten funkcjonuje. W ramach realizacji prac sporządzona została plansza koordynacyjna terenu osiedla (...) w G., która zatwierdzana była przez zamawiającego. Projekt ścieżek – projekt zagospodarowania terenu w ramach realizowanej inwestycji był wykonywany przez Biuro (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W.. Zmiany w projekcie wykonywane były przez projektanta z udziałem plastyka miejskiego i inżyniera kontraktu. W ramach inwestycji był sporządzony projekt odwodnienia terenu, ale w zakresie odwodnienia grawitacyjnego do kanalizacji burzowej.

**Dowód:**

- zeznania świadka S. L. k. 236-237,
- zeznania świadka Z. S. k. 321-322,
- zeznania świadka P. Z. k. 373.

W dniu 24 września 2010 roku sporządzony został przez mgr inż. R. K. oraz mgr inż. A. D. projekt wykonawczy dotyczący części drogowej obejmujący niweletę, konstrukcje nawierzchni dróg dojazdowych oraz ciągów pieszo – rowerowych przy (...) Centrum (...).

**Dowód:**

- projekt wykonawczy k. 623,



- dokumenty zawarte na płycie CD k. 633.

W dniu 31 marca 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 31.197, 23 zł brutto. W dniu 4 maja 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 29.637, 37 zł tytułem zapłaty za wskazaną fakturę.

W dniu 30 kwietnia 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 66.516, 86 zł brutto. W dniu 10 czerwca 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 65.423, 62 zł stanowiącej należność wynikającą z faktury nr (...).

W dniu 24 maja 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania wyceny brukarskiej na kwotę 2.232, 60 zł.

W dniu 31 maja 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 85.275, 54 zł brutto. W dniu 8 lipca 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 76.747, 99 zł tytułem zapłaty za wskazaną fakturę.

W dniu 31 maja 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania prac ogrodnich zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 21.400 zł brutto. W dniu 2 lipca 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 18.163, 24 zł tytułem zapłaty za wskazaną fakturę.

W dniu 30 czerwca 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 35.086, 59 zł brutto. W dniu 2 sierpnia 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 33.332, 26 zł tytułem zapłaty za wskazaną fakturę.

W dniu 28 lipca 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania prac ogrodnich zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 21.400 zł brutto. W dniu 1 września 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 22.629, 18 zł stanowiącej należność wynikającą z faktury nr (...).

W dniu 30 lipca 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej na kwotę 3.369, 18 zł.

W dniu 25 sierpnia 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania prac ogrodnich zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 24.400 zł brutto. W dniu 28 września 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 21.472 zł.

W dniu 25 września 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania prac projektowych zgodnie z umową nr (...) 08 056 oraz wykonania prac ogrodnich zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 24.400 zł brutto. W dniu 28 października 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) kwotę 21.960 zł tytułem zapłaty za wskazaną fakturę.

W dniu 6 października 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej na kwotę 147.466, 59 zł.

W dniu 25 października 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania prac projektowych zgodnie z umową nr (...) 08 056 oraz wykonania prac ogrodnich zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 24.400 zł brutto. W dniu 30 listopada 2010 roku inwestor – Urząd Miasta G. przelał na rzecz L. K. (1) łączną kwotę 182 325, 03 zł.

W dniu 31 października 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem wykonania zieleni drogowej na kwotę 80.479, 13 zł.

W dniu 24 listopada 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem zaprojektowania i wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni i pielęgnacją – zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 61.000 zł brutto. W dniu 10 grudnia 2010 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) łączną kwotę 131.111, 17 zł w tym tytułem płatności za wskazaną fakturę.

W dniu 21 grudnia 2010 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem zaprojektowania i wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni oraz pielęgnacją zgodnie z umową nr (...) 08 056 oraz wykonania prac ogrodniczych zgodnie z aneksem nr (...) do umowy nr (...) 08 056 na łączną kwotę 142.776, 60 zł brutto. W dniu 4 lutego 2011 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) łączną kwotę 128.498, 94 zł.

W dniu 25 marca 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem zaprojektowania i wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni i pielęgnacją – zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 61.500 zł brutto. W dniu 5 maja 2011 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) łączną kwotę 54.125 zł tytułem płatności za wskazaną fakturę.

W dniu 26 kwietnia 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem zaprojektowania i wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni i pielęgnacją – zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 319.800 zł brutto.

W dniu 24 maja 2011 roku L. K. (1) wystawił (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT nr (...) tytułem zaprojektowania i wykonania prac związanych z zagospodarowaniem zieleni i pielęgnacją – zgodnie z umową nr (...) 08 056 na łączną kwotę 314.818, 50 zł brutto. W dniu 17 czerwca 2011 roku spółka przelała na rzecz L. K. (1) łączną kwotę 290.968, 18 zł tytułem zapłaty za należności wynikające z faktur VAT nr (...).

**Dowód:**

- faktury VAT z potwierdzeniami przelewów k. 40-71.

(...) spółka akcyjna z siedzibą w W. w nawiązaniu do umowy nr (...) 08 056 z dnia 13 marca 2009 roku dotyczącej zagospodarowania terenu przy Centrum (...) w G. w związku z pielęgnacją roślin w okresie gwarancyjnym zażądała od L. K. (1) zabezpieczenia gwarancji usunięcia wad i usterek na kwotę 120.000 zł.

**Dowód:**

- żądanie k. 203.

L. K. (1) zawarł z (...) spółką akcyjną z siedzibą w Ł. umowę, której przedmiotem miało być udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek w okresie od 9 maja 2010 roku do 25 kwietnia 2014 roku w ramach umowy zawartej z (...) spółką akcyjną z siedzibą w W. obejmującej budowę Centrum (...). Gwarancja udzielona została do kwoty 120.000 zł. Gwarancja zabezpieczać miała roszczenie beneficjenta w stosunku do zobowiązanego z tytułu nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie ważności gwarancji po podpisaniu protokołu zdawczo – odbiorczego na zasadach określonych w kontrakcie, a które to roszczenie nie zostało zaspokojone przez zobowiązanego. Aneksem z dnia 27 maja 2011 roku strony zmieniły okres gwarancyjny na od 9 maja 2011 roku do dnia 31 sierpnia 2014 roku.

**Dowód:**

- gwarancja ubezpieczeniowa z aneksem k. 73-75.

W grudniu 2010 roku L. K. (1) sporządził plan zagospodarowania terenu dotyczący (...) Centrum (...) obejmujący takie elementy jak lokalizację, charakterystykę obiektu, opis powierzchni, elementy małej architektury – siedziska, kosze na śmieci oraz spis roślin. Nadto plan zagospodarowania terenu obejmował wykonane rysunki.

**Dowód:**

- plan zagospodarowania terenu k. 136-151.

W październiku 2012 sporządzona została ekspertyza geologiczna w zakresie spływu wód z niecki ulicy (...) i tworzenia się zastoiska w sąsiedztwie Placu (...) oraz ciągłego rozmywania przez wody opadowe ścieżki łączącej Plac (...) z Osiedlem (...) – Filharmonia (...).

Wraz z pismem z dnia 21 listopada 2012 roku spółka (...) przesłała do Urzędu Miasta G. opinie geotechniczną.

**Dowód:**

- pismo wraz z opinią geotechniczną k. 681-691, 692-699.

W piśmie z dnia 8 stycznia 2013 roku kierowanym do Wydziału Inwestycji Urząd Miasta G. Wydział Ochrony (...) i (...) po zapoznaniu się z przekazaną ekspertyzą geotechniczną w zakresie spływu wód z niecki ulicy (...) i tworzenia się zastoiska w sąsiedztwie Placu (...) oraz ciągłego rozmywania przez wody opadowe ścieżki łączącej Plac (...) z Osiedlem (...) – Filharmonia (...), przedstawione zostały propozycje rozwiązania występującego problemu.

**Dowód:**

- pismo z dn. 8.01.2013 r. 661.

Postanowieniem z dnia 17 października 2013 roku Referendarz Sądowy w Sądzie Okręgowym w Szczecinie nadał klauzule wykonalności na nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 maja 2013 roku oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 26 września 2013 roku w sprawie z powództwa L. K. (1) przeciwko (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W..

**Dowód:**

- postanowienie k. 94-95.

W wiadomości mailowej z dnia 5 marca 2014 roku pracownik spółki (...) zwróciła uwagę na kwestie odwodnienia terenu i konieczności doprojektowania w ten sposób aby woda nie zmywała żwiru oraz doszło do umocnienia skarpy piaskowej poprzez nasadzenie roślin nawiązujących do istniejącej zieleni.

W odpowiedzi L. K. (1) wskazał, że projekt na podstawie którego realizowane było zagospodarowanie terenu był sporządzony na podstawie zamówienia inwestora, wszystkie rozwiązania jak powierzchnia mineralna oraz odwodnienie w postaci rynien terenowych były narzucone przez inwestora, ponadto podniósł on, że nie zajmował się projektem instalacji drenażowych.

W wiadomości mailowej z dnia 17 marca 2014 roku pracownik spółki (...) zwróciła się do L. K. (1) o przybycie na teren realizacji inwestycji celem omówienia kwestii usunięcia usterek projektu zagospodarowania terenu Filharmonii (...).

W wiadomości mailowej z dnia 17 kwietnia 2014 roku pracownik spółki (...) zwróciła się do L. K. (1) o pilne wrysowanie załączonej propozycji na rysunek zagospodarowania terenu. Poprawiony schemat został przesłany przez pracownika L. K. (1) wiadomością mailową z dnia 24 kwietnia 2014 roku.

**Dowód:**

- korespondencja mailowa k. 159-164.

Pismem z dnia 26 czerwca 2014 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. zgłosiła L. K. (1) usterkę polegającą na wadliwie zaprojektowanej i wykonanej ścieżce terenowej w tym zagospodarowanie terenu z uwagi na to, iż ścieżka

uległa degradacji i nie pozwala w chwili obecnej na prawidłowe jej użytkowanie. (...) wyznaczyła termin przystąpienia do usunięcia usterek na okres od dnia 28 czerwca 2014 roku do dnia 14 lipca 2014 roku wskazując, że potwierdzeniem likwidacji usterek jest przekazanie protokołu odbioru podpisanego przez przedstawiciela użytkownika.

**Dowód:**

- reklamacja z dn. 26.06.2014 r. k. 426.

Pismem z dnia 25 lipca 2014 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. zgłosiła L. K. (1) usterkę polegającą na rozmytej ścieżce terenowej od wschodniej strony obiektu na skutek mających miejsce opadów. (...) wyznaczyła termin przystąpienia do usunięcia usterek na okres od dnia 29 lipca 2014 roku do dnia 31 lipca 2014 roku wskazując, że potwierdzeniem likwidacji usterek jest przekazanie protokołu odbioru podpisanego przez przedstawiciela użytkownika.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 31 lipca 2014 roku L. K. (1) oświadczył, że rozmyta powierzchnia nawierzchni ścieżki terenowej po wschodniej stronie obiektu została naprawiona. Pismem z tego samego dnia L. K. (1) poinformował o usunięciu usterek również inwestora – Urząd Miasta G. wnosząc o wyznaczenie terminu odbioru. Wraz z pismem z dnia 4 sierpnia 2014 roku L. K. (1) przesłał spółce (...) protokół odbioru usunięcia usterek.

**Dowód:**

- korespondencja k. 152-158.

W piśmie z dnia 7 sierpnia 2014 roku L. K. (1) poinformował (...) spółkę akcyjną z siedzibą w Ł., że zawarte w piśmie z dnia 24 lipca 2014 roku żądanie beneficjenta – spółki (...) zapłaty na jego rzecz kwoty 120.000 jest bezzasadne. W piśmie podkreślił, że ścieżka została wykonana w oparciu o projekt dostarczony przez beneficjenta, który został wykonany przez profesjonalistę w tej dziedzinie.

**Dowód:**

- pismo z dn. 7.08.2014r. k. 221-223.

Pismem z dnia 23 września 2014 roku L. K. (1) wezwał (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. do niezwłocznego, nie później niż w terminie tygodniowym od otrzymania wezwania, dokonania odbioru ostatecznego robót objętych umową nr (...) 08 056 z uwagi na upływ okresu gwarancji jakości i rękojmi na wykonany przedmiot umowy obejmujący 36 miesięcy o dacie wystawienia przez inwestora świadectwa przyjęcia dla całości robót stanowiących przedmiot kontraktu głównego co nastąpiło w dniu 31 sierpnia 2011 roku.

Pismem z dnia 17 października 2014 roku L. K. (1) wezwał (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. do stawienia się w dniu 24 października 2014 roku o godzinie 8:00 w G., na terenie realizacji zadania „Budowa Centrum (...) w G. – Filharmonia (...) oraz zaprojektowanie i wykonanie parkingu podziemnego, dróg dojazdowych, zagospodarowania terenu” gdzie dokonany zostanie ostateczny odbiór robót z uwagi na upływ okresu gwarancji jakości i rękojmi na wykonany przedmiot umowy.

W odpowiedzi, pismem z dnia 23 października 2014 roku spółka poinformowała, że wyraża gotowość do przystąpienia do odbioru w odpowiednim terminie proponując termin po uzyskaniu protokołu z przeglądu usuwania usterek, gdyż przegląd dokonany w dniu 29 września 2014 roku nie zakończył się spisaniem protokołu stwierdzającego usunięcie wszystkich usterek.

Pismem z dnia 3 listopada 2014 roku L. K. (1) wniósł o przesłanie dokumentu potwierdzającego wykonanie przeglądu usuwania usterek, który odbył się w dniu 29 września 2014 roku oraz doręczenie wszelkiej dokumentacji związanej z przeglądem.

W dniu 3 grudnia 2014 roku sporządzony został przez L. K. (1) i E. Ł. protokół odbioru ostatecznego po okresie rękojmi i gwarancji. Na protokole znalazła się informacja, że sporządzony został on bez udziału strony zamawiającej, która prawidłowo zawiadomienia nie wyznaczyła daty odbioru pomimo upływu okresu gwarancyjnego w dniu 31 sierpnia 2014 roku.

Pismem z dnia 4 grudnia 2014 roku L. K. (1) wezwał (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. do zwrotu kwoty 44.688, 65 zł stanowiącej 30 % kwoty zatrzymanej z wynagrodzenia należnego podwykonawcy celem zabezpieczenia, która powinna zostać zwrócona po upływie okresu gwarancji. Pismo to zostało odebrane przez spółkę w dniu 11 grudnia 2014 roku.

W piśmie z dnia 5 grudnia 2014 roku L. K. (1) przekazał informacje związaną z nawadnianiem terenów zielonych przy zadaniu inwestycyjnym (...) Centrum (...).

Pismem z dnia 18 lutego 2015 roku L. K. (1) ponownie wezwał (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. do zwrotu kwoty 44.688, 65 zł stanowiącej 30 % kwoty zatrzymanej z wynagrodzenia należnego podwykonawcy celem zabezpieczenia, która powinna zostać zwrócona po upływie okresu gwarancji. Pismo to zostało odebrane przez spółkę w dniu 20 lutego 2015 roku.

**Dowód:**

- wezwanie do odbioru k. 76-77,
- informacja o terminie odbioru k. 78-79,
- pismo z dn. 23.10.2014 r. k. 80,
- pismo z dn. 3.11.2014 r. k. 81,
- pismo z dn. 5.12.2014 r. 82,
- protokół k. 83,
- wezwanie do zwrotu k. 84-88,
- wezwanie do zapłaty k. 89-93.

W dniu 17 października 2014 roku sporządzony został protokół zaawansowania robót wykonanych przez A. K. (2) polegających na wykonaniu odwodnienia ścieżki żwirowej przy Filharmonii (...). W dniu 17 października 2014 roku A. K. (2) wystawiła (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT tytułem wykonania odwodnienia ścieżki żwirowej przy Filharmonii (...) w G. na kwotę 20. 787 zł.

**Dowód:**

- faktura VAT k. 668,
- protokół zaawansowania robót k. 669,
- zestawienie k. 673.

Pismem z dnia 12 grudnia 2014 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniosła do Sądu Rejonowego w Warszawie pozew przeciwko (...) spółce akcyjnej z siedzibą w Ł. o zapłatę kwoty 120.000 zł powołując się na wystawioną przez pozwaną zakład ubezpieczeń gwarancje właściwego usunięcia wad i usterek.

Pozwany zakład ubezpieczeń wniósł sprzeciw od wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. P. – (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniosła pismo procesowe podtrzymując wnioski i twierdzenia zawarte w pozwie.

**Dowód:**

- pisma procesowe k. 165- 196.

W piśmie z dnia 7 września 2015 roku adresowanym do Dyrektora Wydziału Inwestycji Urzędu Miasta G. (...) spółka (...) poinformowała, że o degradacji wierzchniej warstwy ciągu pieszego doszło w wyniku ponadnormatywnych opadów deszczu jakie miały w dniach 15 sierpnia 2015 roku oraz 1 września 2015 roku. Wyjaśniła, że koncepcja wykonania ścieżki w technologii żwirowej przepuszczalnej została przyjęta do realizacji przez spółkę na podstawie projektu budowlanego – projekt zieleni oraz uzgodnień podjętych przed przedstawiciela inwestora i L. K. (1) na spotkaniu w dniu 11 stycznia 2010 roku. Spółka wskazała, że problem z odprowadzeniem wód opadowych ze skarpy po wschodniej stronie budynku filharmonii pojawił się już na początku użytkowania obiektu, zaś przyczyny występowania tych nieprawidłowości zostały szczegółowo opisane w ekspertyzie geotechnicznej, podając, że zgodnie z treścią ekspertyzy jedną z głównych przyczyn destrukcji ścieżki żwirowej było nadmierne ilości spływających wód opadowych z terenu sąsiedniej działki Osiedla (...), natomiast wpusty kanalizacji deszczowej sąsiadującej ze skarpy ulicy nie są przygotowane na tak znaczną ilość opadów, co skutkuje przedostawaniem się ich na skarpe i schody ścieżki po wschodniej stronie budynku Filharmonii. Spółka wyjaśniła, że przy aktualnym stanie kanalizacji deszczowej prowadzenie wszelkiego rodzaju prac naprawczych ścieżki, nawet w technologii utwardzonej powierzchni jaką oczekuje inwestor nie gwarantuje, że przy kolejnych obfitych opadach deszczu sytuacja się nie powtórzy.

**Dowód:**

- pismo z dn. 7.09.2015 r. k. 659-660.

W dniu 8 czerwca 2016 roku spółka (...) wystawiła L. K. (1) notę księgową nr (...) obciążając go kwotą 54.654, 80 zł stanowiącą karę umową za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji zgodnie z § 16 ust. 1 lit. c umowy nr (...) z dnia 13 marca 2009 roku. Pismem z dnia 9 czerwca 2016 roku spółka poinformowała o dokonanym obciążeniu wzywając do zapłaty wskazanej kwoty.

W piśmie z dnia 30 czerwca 2016 roku kierowanym do L. K. (1) spółka P. (...) oświadczyła, że dokonuje potrącenia dochodzonej przez niego wierzytelności w kwocie 44.689 zł z wierzytelnością wynikającą z noty księgowej z dnia 8 czerwca 2016 roku w kwocie 54.654, 80 zł.

W odpowiedzi w piśmie z dnia 5 lipca 2016 roku L. K. (1) oświadczył, że nie wyraża zgody na dokonanie potrącenia i uznaje je za bezskuteczne.

**Dowód:**

- korespondencja k. 427-430.

W piśmie z dnia 14 lipca 2016 roku kierowanym do Urzędu Miasta G. (...) spółka (...) podtrzymała swoje stanowisko dotyczące przyczyn rozmywania ścieżki żwirowej prowadzonej z Osiedla (...) do Placu (...).

**Dowód:**

- pismo z dn. 14.07.2016 r. k. 663-664.

W dniu 22 sierpnia 2016 roku sporządzony został protokół zaawansowania robót wykonanych przez A. K. (2) polegających na naprawie uszkodzenia (rozmycia) nawierzchni ścieżki żwirowej z Osiedla (...) do Placu (...) przy Centrum (...) w G. poprzez uzupełnienie wymytej warstwy grys granitowego oraz żwiru na całej długości ścieżki. W

dniu 30 sierpnia 2016 roku A. K. (2) wystawiła (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT tytułem wykonania wskazanych w protokole prac na łączną kwotę 8.733 zł.

**Dowód:**

- protokół zaawansowania robót k. 672,
- faktura VAT k. 671,
- zestawienie k. 673.

W dniu 11 kwietnia 2017 roku A. K. (2) wystawiła (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. fakturę VAT tytułem wykonania prac zgodnie z protokołem z dnia 11 kwietnia 2017 roku na łączną kwotę 60.270 zł.

W dniu 12 kwietnia 2017 roku sporządzony został protokół zaawansowania robót dotyczący prac wykonanych przez A. K. (2) polegających na wykonaniu modernizacji nawierzchni żwirowej z osiedla (...) do Placu (...) przy Centrum (...) w G. zgodnie z przygotowanym i zatwierdzonym przez inżyniera kontraktu programem naprawczym.

**Dowód:**

- protokół zaawansowania robót k. 656, 670v,
- faktura VAT k. 670,
- zestawienie k. 673.

W dniu 16 stycznia 2018 roku spółka (...) wystawiła L. K. (1) notę księgową nr (...) obciążając go kwotą 107.124, 81 zł stanowiącą karę umowną za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi za okres od dnia 15 lipca 2014 roku do dnia protokolarnego usunięcia wad ścieżki – 11 kwietnia 2017 roku.

W piśmie z dnia 16 stycznia 2018 roku kierowanym do L. K. (1) spółka (...) oświadczyła, że dokonuje potrącenia dochodzonej przez niego wierzytelności w kwocie 44.689 zł z wierzytelnością wynikającą z noty księgowej z 15 stycznia 2018 roku w kwocie 107.124, 81 zł. Pismo to zostało wysłane w dniu 17 stycznia 2018 roku.

**Dowód:**

- korespondencja k. 654-655,
- potwierdzenie nadania k. 657.

L. K. (1) wykonał ścieżki o nawierzchni żwirowej w ilości 714 m<sup>2</sup> ścieżki wschodniej oraz 186 m<sup>2</sup> ścieżki zachodniej. Wzdłuż ścieżki nr 1 – wschodniej wykonany został rów odwodniający mający odprowadzać wody opadowe z nachylonego do ścieżki trawnika, które to rozwiązania nie zabezpieczyły ścieżki przed destrukcyjnym działaniem dróg opadowych. Ścieżka ma zniszczoną nawierzchnie, posiada wyraźne ślady rozmywania, jest nierówna, wyżłobiona rowkami, elementy skrajne są częściowo wypłukane, podmyte i odkształcone, co spowodowane jest erozyjnym działaniem spływających dróg opadowych. W otoczeniu inwestycji znajdują się tereny o zróżnicowanej konfiguracji i dużych różnicach rzędnej posadowienia, nachylonych w kierunku ścieżki wschodniej, zaś takie ukształtowanie terenu oznacza konieczność uwzględnienia dużych ilości mas wody opadowej, szczególnie w okresie wzmożonych opadów. Opracowanie sporządzone przez L. K. (1) dotyczące zagospodarowania terenu nie zawiera rzędnych wysokościowych ścieżek ani współrzędnych sytuacyjnych, w opracowaniu nie ujęta została kwestia odwodnienia ścieżek oraz przyległego terenu. Z uwagi na ukształtowanie terenu oraz przyjęty rodzaj nawierzchni koniecznym było rozwiązanie spływu wód opadowych z sąsiednich, wyżej położonych terenów o dużej powierzchni. Występowała konieczność przewidzenia odwodnienia ścieżki już na etapie projektowania. Rolą projektanta i wykonawcy jest uwzględnienie istniejącego stanu rzeczy, warunków, stopnia zagospodarowania i takie zaprojektowanie, a następnie

wykonanie obiektu, aby spełniał on wymogi określone w prawie budowlanym. Główną przyczyną niszczenia ścieżki jest woda spływająca ze skarpy, przyczyną może być również rodzaj podłoża na którym jest usytuowana ścieżka.

#### **Dowód:**

- opinia biegłego sądowego k. 563-590,
- ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego k. 612-617, 642-647.

#### **Sąd zważył co następuje:**

Powództwo okazało się uzasadnione.

Wstępnie zaznaczenia wymaga, iż wątpliwości Sądu nie budziło, że prace będące przedmiotem zawartej pomiędzy stronami postępowania w dniu 13 marca 2009 roku umowy wchodziły w skład zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa Centrum (...) w G. – etapu I sala koncertowa oraz zaprojektowanie i wykonanie parkingu podziemnego, dróg dojazdowych i zagospodarowaniu terenu”. W ocenie Sądu wskazaną umowę należało zakwalifikować jako umowę o roboty budowlane o której umowa w art. 647 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie i doktrynie, przedmiotem umowy o roboty budowlane nie musi być pełny obiekt, odpowiadający definicji obiektu budowlanego zawartej w przepisach prawa budowlanego. Możliwe - i często w praktyce spotykane - są umowy, których przedmiotem nie jest wykonanie całego obiektu budowlanego, czy nawet jego części, a które jednak składają się na wykonanie obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu. Dotyczy to zwłaszcza dużych inwestycji, w realizacji których bierze udział wielu wykonawców i podwykonawców, wykonujących określone fragmenty, czy wyodrębnione części obiektu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 listopada 2015 r., I ACa 607/15, Lex nr 1938378).

Przed przejściem do dalszych rozważań wyjaśnić jednak należy, że w rozpoznawanej sprawie powód domagał się od pozwanej, na podstawie postanowień zawartej umowy, zmienionej następnie aneksami, zwrotu 30 % zatrzymanej kwoty zabezpieczenia – 44.688, 65 zł. Zgodnie bowiem z zapisami zawartej pomiędzy stronami postępowania umowy z dnia 13 marca 2009 roku wykonawca zobowiązany był celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy wnieść zabezpieczenie w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego w formie bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w treści zaakceptowanej przez wykonawcę. W przypadku braku dostarczenia takiej gwarancji wykonawcy przysługiwało prawo zatrzymania na poczet zabezpieczenia 10 % wartości brutto umowy z faktur podwykonawcy (§ 6 ust. 3). Zwrot zatrzymanego zabezpieczenia nastąpić miał co do 70 % zatrzymanej kwoty po odbiorze końcowym przedmiotu umowy, lecz nie wcześniej niż po wystawieniu przez inżyniera świadectwa wykonania dla robót głównych, natomiast w pozostałym zakresie – a więc co do 30 % po upływie okresu gwarancji (§ 6 ust. 4). Zwrot ten nastąpić miał na pisemny wniosek podwykonawcy z załącznikiem w postaci odpowiedniego protokołu w terminie 60 dni od otrzymania takiego wniosku od wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii terminu zwrotu 30 % zatrzymanej na poczet zabezpieczenia kwoty, zaznaczyć należy, że podwykonawca udzielił gwarancji na wykonany przedmiot umowy na okres 36 miesięcy licząc od daty wystawienia przez inwestora świadectwa przyjęcia dla całości robót stanowiących przedmiot kontraktu głównego. Podkreślenia wymaga, że bezspornym pomiędzy stronami był fakt, że wystawienie takiego rodzaju świadectwa nastąpiło w dniu 31 sierpnia 2011 roku, nadto powyższe znalazło potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym – korespondencji stron oraz zeznaniach świadków, w szczególności zeznaniach świadka Z. S., który wskazał, że zakończenie inwestycji nastąpiło w sierpniu 2011 roku.



W tym miejscu wskazać należy, że pozwana kwestionując żądanie pozwu podniosła, że powód nie wywiązał się w sposób należyty i zupełny ze swoich obowiązków dotyczących usuwania wad w okresie rękojmi i gwarancji, wyjaśniając, że z uwagi na nieuwzględnienie przez powoda odwodnienia ścieżki doszło do jej degradacji. Ponadto, zwróciła uwagę, że przedłożone przez powoda faktury nr (...) dotyczyły innej inwestycji. Następnie, pozwana podniosła zarzuty potrącenia wierzytelności dochodzonej przez powoda z wierzytelnościami jej przysługującymi obejmującymi kary umowne za opóźnienie w usuwaniu usterek – w kwocie 54.654, 80 zł, następnie zaś również w kwocie 107.124, 81 zł za okres od dnia 15 lipca 2014 roku do dnia protokolarnego usunięcia wad ścieżki – 11 kwietnia 2017 roku.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów podkreślenia wymaga, że w odpowiedzi na pozew pozwana przyznała, że łączna kwota zatrzymanych przez nią kaucji zabezpieczających okres rękojmi i gwarancji wyniosła kwotę 44.688, 65 zł. Podkreślenia wymaga, że charakter kaucji zabezpieczającej ten właśnie okres, zgodnie z treścią umowy pomiędzy stronami, miała część zatrzymanych kwot co do 30 %, gdyż zwracana miała ona być po upływie okresu gwarancji.

W istocie więc w okolicznościach sprawy bezspornym pozostawał fakt, że w ramach łączącego strony stosunku zobowiązaniowego pozwana zatrzymała tytułem kaucji zabezpieczającej, w zakresie 30 %, dochodzoną przez powoda w rozpoznawanej sprawie kwotę 44.688, 65 zł. W tym kontekście, z uwagi na bezsporny charakter tej okoliczności, bez znaczenia pozostaje fakt czy powoływane przez pozwaną faktury dotyczą inwestycji realizowanej na podstawie umowy z dnia 13 marca 2009 roku. Co więcej, analiza przedłożonych przez powoda faktur VAT wraz z potwierdzeniami dokonanych wpłat, w ocenie Sądu, potwierdza zatrzymanie przez pozwaną wskazanej i przyznanej przez nią kwoty.

Odnosząc się natomiast do podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia wskazać należy, że zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obydwu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przez sąd lub innym organem państwowym. Przechodząc natomiast do oceny wierzytelności, którą pozwana przedstawiła do potrącenia zauważyć należy, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jak wynika z § 16 ust. 1 pkt 1 lit. c zawartej pomiędzy stronami umowy podwykonawca zapłaci wykonawcy karę umowną za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0, 1 % wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy, za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

Wyjaśnić należy, iż kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania. W granicach tej swobody (art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Dlatego też, chociaż odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest ona zależna od pozostałych przesłanek statuujących odpowiedzialność kontraktową przewidzianą w art. 471 k.c. Oznacza to tym samym, że kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

W tym miejscu wskazać należy, iż mając na względzie, że w okolicznościach sprawy występowała konieczność zasięgnięcia wiadomości specjalnych Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa.

Biegły sądowy ustalił, że powód wykonał ścieżki o nawierzchni żwirowej w ilości 714 m<sup>2</sup> ścieżki wschodniej oraz 186 m<sup>2</sup> ścieżki zachodniej, zaś wzdłuż ścieżki nr 1 – wschodniej wykonany został rów odwodniający mający odprowadzać wody opadowe z nachylonego do ścieżki trawnika, które to rozwiązania nie zabezpieczyły ścieżki przed destrukcyjnym działaniem dróg opadowych. Biegły sądowy ustalił nadto, że ścieżka ma zniszczoną nawierzchnię, posiada wyraźne ślady rozmywania, jest nierówna, wyłobiona rowkami, elementy skrajne są częściowo wypłukane, podmyte i odkształcone, co spowodowane jest erozyjnym działaniem spływających dróg opadowych. Biegły sądowy wyjaśnił, że w otoczeniu inwestycji znajdują się tereny o zróżnicowanej konfiguracji i dużych różnicach rzędnej posadowienia, nachylonych w kierunku ścieżki wschodniej, zaś takie ukształtowanie terenu oznacza konieczność uwzględnienia dużych ilości mas wody opadowej, szczególnie w okresie wzmożonych opadów.

Zgodnie z ustaleniami biegłego sądowego, opracowanie sporządzone przez powoda dotyczące zagospodarowania terenu nie zawiera rzędnych wysokościowych ścieżek ani współrzędnych sytuacyjnych, w opracowaniu nie ujęta została kwestia odwodnienia ścieżek oraz przyległy teren. Biegły wskazał, że z uwagi na ukształtowanie terenu oraz przyjęty rodzaj nawierzchni koniecznym było rozwiązanie spływu wód opadowych z sąsiednich, wyżej położonych terenów o dużej powierzchni, występowała konieczność przewidzenia odwodnienia ścieżki już na etapie projektowania. Biegły podał, że brak uwzględnienia takiego odwodnienia w opracowaniu powoda mógł zostać – jednak nie został naprawiony na etapie wykonawstwa ścieżek.

Zarzuty do przedmiotowej opinii wniosła strona powodowa, przy czym, wśród licznych zastrzeżeń do ustaleń, powód podniósł, że miał jedynie wykonać prace według uzgodnień i dostarczonego projektu, działał w zaufaniu do podmiotów profesjonalnych stwierdzając, że skoro projektant nie podjął żadnych czynności to jako podwykonawca mógł uznać, że analiza w kontekście konieczności zaprojektowania odwodnienia terenu została przeprowadzona i nie stwierdzono w tym zakresie zagrożeń. Podkreślał, że spoczywał na nim, jako podwykonawcy jedynie obowiązek odtworzenia projektu budowlanego, bez konieczności weryfikacji jego poprawności i badania czy został sporządzony poprawnie.

W dopuszczanej w związku z zarzutami strony powodowej ustnej opinii uzupełniającej biegły sądowy podtrzymał swoje ustalenia z opinii głównej. Wyjaśnił, że rolą projektanta i wykonawcy jest uwzględnienie istniejącego stanu rzeczy, warunków, stopnia zagospodarowania i takie zaprojektowanie, a następnie wykonanie obiektu, aby spełniał on wymogi określone w prawie budowlanym. Biegły sądowy wskazał, że główną przyczyną niszczenia ścieżki jest woda spływająca ze skarpy, przyczyną może być również rodzaj podłoża na którym jest usytuowana ścieżka.

Przechodząc do dalszych rozważań merytorycznych przy uwzględnieniu ustaleń dokonanych przez biegłego sądowego w oparciu o wiedzę specjalistyczną, zaznaczenia wymaga, że z analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, treści zawartych pomiędzy stronami umów, aneksów oraz zeznań świadków nie wynika, że przedmiotem świadczenia powoda miało być również zaprojektowanie spornych ścieżek. Jak wynika z protokołu negocjacji oraz treści umowy z dnia 13 marca 2009 roku jej przedmiotem miało być zaprojektowanie i wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenu, w tym: wykonanie dokumentacji projektowej systemu automatycznego nawadniania i zieli, elementów małej architektury oraz systemu automatycznego nawadniania z przyłączem wodnym, pielęgnacja obszaru zieleni wraz z nadzorem oraz systemem nawadniania. Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy jej przedmiot obejmował również wykonanie wszelkich prac podstawowych i pomocniczych mających na celu realizację przedmiotu umowy łącznie z pracami przygotowawczymi, wykonaniem niezbędnych pomiarów i badań, wykonaniem kompletnej dokumentacji powykonawczej i innych robót zgodnie z wymogami specyfikacji technicznych, dokumentacji projektowej, warunków kontraktu głównego. Podkreślić jednak należy, że dopiero aneksem nr (...) do umowy zawartym w dniu 22 października 2010 roku strony dokonały rozszerzenia zakresu rzeczowego umowy o wykonanie prac – ścieżki w gipsu kamiennego wraz z podbudową i obrzeżami. Szczegółowy zakres prac określony został w załączniku nr 1 stanowiącym kosztorys ofertowy, który obejmował: wykonanie koryta w gruncie z zagęszczaniem podłoża walcem wibracyjnym jednoosiowym, plantowanie powierzchni gruntu, rozplantowanie ziemi wzdłuż krawędzi wykupy, wykonanie obrzeż, warstw osączających poprzez ręczny sposób rozścielenia i zagęszczania, a nadto wykonanie nawierzchni z tłuczni kamiennego oraz warstwy dolnej i górnej z tłuczni.

Podkreślenia wymaga, że wymienione w aneksie oraz jego załączniku prace w żaden sposób nie odnosiły się do obowiązku zaprojektowania powyższej ścieżki. Tymczasem obowiązek zaprojektowania, wykonania dokumentacji projektowej dla prac związanych z zagospodarowaniem terenu został wyraźnie wskazany w treści umowy.

Daje to podstawę do przyjęcia, że w istocie na mocy aneksu nr (...) powód przyjął na siebie zobowiązanie sprowadzające się wyłącznie do wykonania ścieżki.

Zauważyć również należy, że także przeważająca liczba świadków mających udział w procesie realizacji umowy przez powoda wskazywała, że powód miał wykonać ścieżkę, nie zaś ją zaprojektować. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym zeznań świadka E. Ł. oraz przesłuchania powoda wynika, że powód dysponował mapą, którą otrzymał od pozwanej na której wyrysowany był budynek filharmonii, otaczający teren, ciągi komunikacyjne. Co więcej, również świadek Z. S. pełniący rolę dyrektora kontraktu potwierdził, że ścieżki komunikacyjne projektowane były przez spółkę (...) mającą siedzibę w W.. Natomiast projekt odwodnienia terenu wykonany został przez projektanta działającego w ramach spółki cywilnej działającej pod nazwą (...), który miał posiłkować się projektem sporządzonym przez spółkę (...).

Oznacza to, że skoro w świetle poczynionych wyżej rozważań powód nie był zobowiązany do zaprojektowania ścieżki, jego zobowiązanie obejmowało jedynie wykonanie jej zgodnie z przedłożonym, sporządzonym przez inny podmiot projektem. W konsekwencji, z uwagi na tak właśnie ukształtowany przedmiot umowy, rozszerzony aneksem nr (...), powód odpowiada jedynie za usterki, wady – a więc na podstawie umowy zobowiązany jest do ich usunięcia, które powstały w wyniku nieprawidłowego wykonania ścieżki.

Wątpliwości Sądu nie budziło, że w dniu 31 sierpnia 2010 roku całość prac – również w zakresie ścieżki - została odebrana bez zastrzeżeń, co zostało potwierdzone poprzez wystawienie świadectwa przyjęcia dla całości robót stanowiących przedmiot kontraktu głównego. W marcu 2014 roku pracownik pozwanej spółki zwracała powodowi uwagę na kwestie odwodnienia terenu, wskazując, że należy je doprojektować w ten sposób, aby woda nie zmywała żwiru, a nadto należy dokonać umocnienia skarpy piaskowej. W odpowiedzi, powód podniósł, że odwodnienie w postaci rynien terenowych zostało narzucone przez inwestora. Zauważyć należy, że pismem z dnia 26 czerwca 2014 roku pozwana zgłosiła usterkę polegającą na wadliwie zaprojektowanej i wykonanej ścieżce terenowej w kontekście zagospodarowania terenu, zaś pismem z dnia 25 lipca 2014 roku usterkę polegającą na rozmytej ścieżce na skutek mających miejsce opadów. W odpowiedzi, powód poinformował, że powierzchnia nawierzchni została naprawiona na dowód czego przedłożył protokół odbioru usunięcia usterek. Również świadkowie, w szczególności M. K., A. K. (1), L. N. potwierdzili w swoich zeznaniach, że powód po zgłoszeniach, informacji o wadach, podejmował działania celem usunięcia usterek.

Co więcej, biegły sądowy w sporządzonej opinii potwierdził, że powód zastosował odwodnienie w postaci rynien terenowych, co znajduje odzwierciedlenie w treści wiadomości mailowej z dnia 5 marca 2014 roku. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie sposób przyjąć, że problem w zakresie rozmywania ścieżki powstał przed marcem 2014 roku. Oznacza to, że w istocie od odebrania przedmiotu inwestycji – 31 sierpnia 2010 roku co marca 2014 roku brak było zastrzeżeń co do wykonania i funkcjonowania ścieżki.

Zaznaczyć również należy, że analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przy uwzględnieniu ustaleń biegłego sądowego opartych o wiedzę specjalistyczną daje podstawę do przyjęcia, że rozmywanie ścieżki spowodowane było opadami, a nadto spływem wód z sąsiednich terenów, co wskazane zostało także w sporządzonej w październiku 2012 roku ekspertyzie geologicznej.

Nie bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy jest także fakt, że powód przystąpił do robót objętych aneksem nr (...) w określonych uwarunkowaniach. Zgodnie bowiem z opinią biegłego sądowego przewidzenie możliwości wystąpienia tego rodzaju problemu a w konsekwencji konieczność zastosowania rozwiązań zabezpieczających powinno zostać dokonane już na etapie projektowania, do czego, co należy ponownie podkreślić, powód nie był zobowiązany, nie projektował on bowiem ciągów komunikacyjnych.

Należy mieć na względzie, że powód nie był specjalistą w zakresie ciągów komunikacyjnych, w istocie zajmował się pracami ogrodniczymi, następnie zaś wykonanie ścieżki zostało mu zlecone jako praca dodatkowa.

Podkreślić również należy, że w trakcie wykonywania robót nastąpiła zmiana technologii jej realizacji. Należy mieć także na względzie, że w świetle opinii biegłego sądowego to specyficzne ukształtowanie terenu powodowało konieczność uwzględnienia dużych ilości mas wody opadowej, w szczególności w okresie wzmożonych opadów. Nie bez znaczenia jest również i to, że ścieżka z grysu kamiennego stanowiła przedłużenie ciągu komunikacyjnego – schodów kamiennych, po których w razie ulewnych deszczy woda spływała kaskadowo, z impetem.

Uwypuklić należy i to, że pozwana jako generalny wykonawca już w październiku 2012 roku kiedy to sporządzona została ekspertyza geologiczna w zakresie spływu wód oraz ciągłego rozmywania przez wody opadowe miała świadomość występujących w tym zakresie utrudnień. Co więcej, ekspertyza ta została przesłana do inwestora – Urzędu Miasta G., który w piśmie z dnia 8 stycznia 2013 roku, po zapoznaniu się z jej treścią przedstawił propozycje rozwiązania występującego problemu. Należy mieć także na uwadze, że w piśmie z dnia 7 września 2015 roku skierowanym do inwestora pozwana powołuje się na treść tej ekspertyzy w istocie podnosząc, że główną przyczyną destrukcji ścieżki żwirowej są nadmierne ilości spływających wód opadowych z terenu sąsiedniej działki, zwracając uwagę, że wpusty kanalizacji deszczowej sąsiadującej ze skarpą nie są przygotowane na przyjęcie tak znacznej ilości opadów, co skutkuje przedostawaniem się na skarpę i schody ścieżki. Pozwana w piśmie tym podnosiła, że aktualny stan kanalizacji deszczowej, nie gwarantuje, nawet przy prowadzeniu wszelkiego rodzaju prac naprawczych ścieżki, nawet w technologii utwardzonej powierzchni, że sytuacja nie powtórzy się, a nawet, że nie stworzy większego zagrożenia. W istocie zatem pozwana jako generalny wykonawca w relacji ze swoim inwestorem podnosiła, że usterki ścieżki związane są z przyczynami od niej niezależnymi, a więc tym bardziej, niezależnymi od podwykonawcy wykonującego jednoosobową działalność gospodarczą.

Podkreślić bowiem w tym miejscu należy, że powód prowadzi działalność gospodarczą w ramach której wykonuje prace ogrodowe. Dodatkowo zajmuje projektowaniem zieleni i systemu nawadniania, nie posiada natomiast uprawnień budowlanych, stąd jego zobowiązanie umowne obejmowało zaprojektowanie jedynie zagospodarowania terenu w kącie roślinności oraz małej architektury. W konsekwencji powód nie jest specjalistą w zakresie prac projektowych ścieżek komunikacyjnych, nie przyjął na siebie zobowiązania w tym zakresie, stąd brak jest podstaw do przyjęcia jego odpowiedzialności za nieprawidłowe w kontekście istniejących warunków ukształtowania terenu, zaprojektowanie ścieżki.

W świetle powyższego, pozwana jako generalny wykonawca, podmiot zajmujący się w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej realizacją robót budowlanych, mając na uwadze ukształtowanie terenu oraz zlecając wykonanie projektu odpowiedniemu specjalistcie, powinna była wykazać należytą staranność podejmując działania celem odpowiedniego zabezpieczenia ścieżki. Z pewnością zaś powód jako podwykonawca, realizujący prace, zgodnie z zawartą umową, na podstawie sporządzonego przez inny podmiot projektu, nie może ponosić odpowiedzialność za projekt nieuwzględniający powyższych okoliczności, co ostatecznie prowadziło do rozmywania się ścieżki.

Jedynie marginalnie zaznaczenia wymaga, że w trakcie realizacji prac doszło do zmiany co do sposobu wykonania ścieżki, która zgodnie z początkowymi ustaleniami miała zostać stworzona przy użyciu płyt granitowych, ostatecznie zaś wykonane zostały ścieżki żwirowe.

Wszystkie przywołane okoliczności, w ocenie Sądu świadczą o tym, że powód jako podwykonawca w ramach zawartej z pozwaną umowy nie ponosi odpowiedzialności za powstałe usterki, w konsekwencji nie był zobowiązany do ich usunięcia, stąd po stronie pozwanej nie zaktualizowało się uprawnienie do naliczania kar umownych w związku z opóźnieniem w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Sąd ustalił, że podnoszone przez stronę pozwaną zarzuty okazały się nieskuteczne, co prowadziło do uwzględnienia powództwa.

Z tych względów orzeczono jak w pkt I sentencji wyroku.

O odsetkach Sąd orzekł zgodnie z żądaniem pozwu na podstawie art. 481 k.c., mając na względzie, że zgodnie z § 6 ust. 5 oraz 6 umowy zwrot zatrzymanej kwoty miał nastąpić na pisemny wniosek podwykonawcy w ciągu 60 dni od jego otrzymania przez wykonawcę, tymczasem powód pismem otrzymanym przez pozwaną w dniu 11 grudnia 2014 roku wezwał ją do zwrotu kwoty 44.688, 65 zł

Sąd ustalił stan faktyczny w oparciu o treść przedłożonych do akt dowodów z dokumentów. Żadna ze stron nie kwestionowała ich prawdziwości, a i w ocenie Sądu nie budziły one żadnych wątpliwości. Podstawą ustalenia stanu faktycznego były również zeznania świadków: S. L., E. Ł., M. K., A. K. (1), L. N., Z. S., P. Z. oraz korespondujące z nimi przesłuchanie powoda L. K. (1). Podkreślić bowiem należy, że wskazane zeznania były logiczne i spójne wzajemnie ze sobą oraz ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, w ten sposób dając rzetelny obraz okoliczności związanych z kwestią zakresu prac będących przedmiotem umowy łączącej strony postępowania oraz realizacji tychże prac. Sąd oparł się również na zeznaniach świadków H. L. oraz P. K. (2), jednak jedynie w zakresie w którym korespondowały one z pozostałym materiałem dowodowym, w którym nie pozostawały one w sprzeczności z przywołanymi wyżej dowodami ze źródeł osobowych. W szczególności zaś jako nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego należało ocenić zeznania świadka H. L. w przedmiocie tego, iż zobowiązanie umowne powoda miało obejmować również zaprojektowanie spornych ścieżek. Podkreślić bowiem należy, iż powyższe nie znajdowało potwierdzenia w pozostałym zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Nadto Sąd uznał, że występujące pomiędzy świadkami rozbieżności związane były z pełnieniem przez świadków różnych funkcji w ramach realizowanych prac co z kolei wpływało na odmienny zakres bezpośredniej wiedzy świadków o okolicznościach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto spowodowane były subiektywnym przekonaniem o prawdziwości własnych twierdzeń. Na rozprawie w dniu 1 lutego 2018 roku Sąd oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny hydrogeologii, mając na względzie, że w świetle dokonanych ustaleń jego przeprowadzenie nie miałoby istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a prowadziłyby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia rozpoznawania sprawy. Na tej samej podstawie, przy uwzględnieniu możliwości uprzedniego objęcia przez pozwaną wskazywanych przez nią okoliczności wnioskowaną tezą dowodową, Sąd oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadków P. Z. oraz P. K. (1) zgłoszony w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 roku. . Podstawą ustaleń Sądu była także opinia biegłego sądowego, która sporządzona została na podstawie całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego i którą Sąd uznał za rzetelną i jasną, a przedstawione w niej wnioski za logicznie uzasadnione. Sąd dokonał jednak odpowiedniego odniesienia poczynionych przez biegłego ustaleń do okoliczności sprawy, w szczególności zaś do kwestii obowiązków powoda wynikających z zawartej z pozwaną umowy.

O kosztach procesu w sprawie Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. Zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. Sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Z kolei zgodnie z art. 98 § 1 k.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Na koszty poniesione przez powoda jako stronę wygrywającą sprawę w całości złożyło się: opłata sądowa od pozwu – 2.235 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 4.800 zł (w wysokości ustalonej na podstawie § 2 ust. 2 w zw. z § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu – podwójnej stawki minimalnej) mając na względzie skomplikowaną materię przedmiotu sporu, obszerność materiału dowodowego, w tym dowodów ze źródeł osobowych, co niewątpliwie wpływało na znaczny nakład pracy pełnomocnika oraz wykorzystana zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłego sądowego – 1.200 zł.

W pkt III sentencji wyroku Sąd w oparciu o treść art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych rozstrzygnął o nieuiszczonych kosztach sądowych na które złożyło się wynagrodzenie biegłego sądowego w części niepokrytej przez wniesione zaliczki – co dało kwotę 2.934, 28 zł obciążając nimi pozwaną jako stronę przegrywającą sprawę w całości.