

Sygn. akt V GC 152/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2017r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Wiesław Kasprzyk

Protokolant: stażysta Adrian Purol

po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2017r. w Olsztynie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwo (...) spółka z o.o. w O.

przeciwko

H. P.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 37 376,15 (trzydzieści siedem tysięcy trzysta siedemdziesiąt sześć złotych piętnaście groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

II. w pozostałej części powództwo oddala.

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 25 704 zł 35 gr tytułem zwrotu kosztów procesu

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (kasa Sądu Okręgowego w Olsztynie) od pozwanego kwotę 1736 zł 48 gr i od powoda kwotę 203 zł 50 gr tytułem zwrotu wydatków tymczasowo sfinansowanych przez Skarb Państwa.

Sędzia

Wiesław Kasprzyk

Sygn. akt V GC 152/16

UZASADNIENIE

Powód - Przedsiębiorstwo (...) spółka z o.o. w O. wniósł o zasądzenie od pozwanego H. P. kwoty 356 094, 60 zł. Na powyższą sumę składają się następujące kwoty:

1. 49 500 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie prac niewlacyjnych w obrębie nieruchomości 30/1 29/4
2. 43 969 zł 50 gr tytułem wynagrodzenia za prace na polu nr 3 związanych z uzyskaniem rzędnych 153 metra nad poziomem morza.
3. 3 600 zł z tytułu obniżenia rzędnych pola nr 5
4. 2 415 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie prac polegających na wyrównaniu placu odkładczego

5. 233 728 zł 59 gr tytułem wynagrodzenia z umowy podstawowej, które to wynagrodzenie nie zostało przez stronę pozwaną uiszczone w całości .

Obszerne uzasadnienie pozwu sprowadza się do stwierdzenia, że dnia 27.03.2013 roku strony zawarły umowę na podstawie, której powódka zobowiązała się do wykonania prac ziemnych polegających na niwelacji terenu i wymianie gruntu w ramach nieruchomości oznaczonej przez pozwanego w obrębie miasta M.. Strony ustaliły wynagrodzenie na poziomie 750 000 zł netto wraz z należnym podatkiem VAT. Istotną cechą zobowiązania powoda miało być uzyskanie wskaźnika zagęszczenia przemieszczanego gruntu na poziomie Is 0,98. Ponadto ,w ocenie powoda, wykonał on szereg dodatkowych prac.

W rezultacie pozwany niezasadnie kwestionując jakość wykonanych robót tj. podnosząc nieosiągnięcie umownego wskaźnika zagęszczenia oraz pozostawienia na niwelowanym w terenie tzw. humusu (gleby czyli warstwy ziemi urodzajnej) nie uiszczył wynagrodzenia w wysokości przewidywanej umową

Dnia 08.05.2014 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

W sprzeciwie od tegoż nakazu pozwany domagał się oddalenia powództwa w całości. Także obszerne uzasadnienie strony pozwanej sprowadza się do stwierdzenia, że z uwagi na nieosiągnięcie przez powoda umownego wskaźnika zagęszczenia umowa nie została wykonana w związku z czym mimo wniosku powoda pozwany nie przystąpił do odbioru robót.

Pozwany podnosił także, że powód pozostawił tzw. piaski próchnicze co w przyszłości spowoduje osiadanie tego terenu który docelowo przeznaczony był pod budowę hali produkcyjnej oraz budynku biurowego.

Na rozprawie w dniu 20.10.2015 roku (k. 825) pozwany sprecyzował swoje stanowisko wskazując, że żąda obniżenia wynagrodzenia określonego w umowie o kwotę 233 728 zł 59 gr . W dalszej części procesu sprecyzował żądanie obniżenia wynagrodzenia o 20% to jest o kwotę co najmniej 184 500 zł. Na tej samej rozprawie oraz w piśmie procesowym z dnia 06.07.2015 roku (k. 875 - 878) pozwany podniósł zarzut potrącenia z tytułu kosztów jakie poniósł ramach usunięcia wad robót ziemnych w wysokości 318 718 zł.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Dnia 27 marca 2013 roku strony zawarły umowę na podstawie, której powód jako wykonawca zobowiązał się wykonać prace ziemne polegające na niwelacji terenu i wymianie gruntu w ramach nieruchomości pozwanego w ilości około 94 000 m³ do rzędnych 154 m. n.p.m. na terenie nieruchomości oznaczonej jako działki ewidencyjne numer (...) obręb nr 10 miasta M. zgodnie z załączoną mapą. Strony przyjęły , że wszelkie prace ziemne będą wykonane przy zastosowaniu urobku powstałego w trakcie

realizacji zleconych prac. Umowa nie obejmowała jakichkolwiek robót związanych z dowiezieniem gruntu z zewnątrz. Strony postanowiły, że wykonawca zobowiązuje się uzyskać wskaźnik zagęszczenia Is 0,98 przy czym w przypadku kiedy wskaźnik taki nie będzie mógł zostać osiągnięty przy użyciu urobku pochodzącego z wykonania prac, strony zobowiązują się zawrzeć aneksy do umowy określając ilość koniecznych prac dodatkowych do wykonania z tego powodu , cenę oraz termin .

Za wykonanie prac strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 750 zł netto plus należny podatek Vat.

W paragrafie 7 umowy strony określili obowiązki wykonawcy a wśród nich m.in. w pkt 6 obowiązek wykonania badań geotechnicznych potwierdzających wskaźnik zagęszczenia.

Zgodnie z treścią paragrafu 8 umowy , odbiór przedmiotu umowy miał być dokonany w ciągu 7 dni od daty pisemnego zgłoszenia gotowości do odbioru.

dowód

umowa k. 23-26

W dniu 24.07.2013 roku strony zawarły aneks do powyższej umowy, w którym przedłużyły termin zakończenia robót do dnia 31.08.2013 roku.

dowód

aneks do umowy k. 34

Dnia 10.09.2013 roku strony zawarły kolejny aneks do umowy w którym to pozwany zlecił powodowi wykonanie dodatkowych prac polegających na niwelacji terenu w zakresie rzędnych wykopu - 153,7 metra nad poziomem morza w ilości około 6 970 m³ na części działek oznaczonych numerem (...). Zakończenie tych robót nastąpić miało w terminie 4 tygodni od dnia podpisania aneksu. Za wykonanie tych prac dodatkowych ustalono, że wykonawcy-powodowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości 9 zł za metr sześcienny netto.

dowód

aneks nr (...) k. 40

Dnia 05.12.2013 roku pozwany zlecił powodowi wykonanie kolejnych prac dodatkowych polegających na wyrównaniu placu odkładczego. Ustalono wynagrodzenie pracy spycharki na 120 zł/h netto oraz walca na 150 zł/h netto.

dowód

zlecenie wykonania prac dodatkowych k. 63.

Powód w umownym terminie przystąpił do realizacji robót objętych umową. W potocznym rozumieniu powód zdejmował warstwy gruntów znajdujących się powyżej określonych umowie rzędnej i wsypywał je do zagłębień znajdujących się poniżej tej rzędnej. Zakres prac wskazujących miejsca skąd wybierano grunt i dokąd go wsypywano tworząc nasypy obrazuje mapka zawarta na karcie 271 z akt sprawy. Określony w umowie wskaźnik zagęszczenia dotyczył obszarów gdzie wsypywano grunt (nasyp) a nie obszarów skąd wybierano grunt.

Pismem z dnia 28.06.2013 roku pozwany wezwał powoda do bezwzględnego przestrzegania rygorów odpowiedniego zagęszczenia materiału naspowego. Wyraził jednocześnie zaniepokojenie małą ilością pracującego sprzętu zagęszczającego i obawę czy roboty prowadzone są właściwie. W piśmie tym stwierdził także, że niewłaściwe zagęszczenie gruntu może spowodować osiadanie projektowanej hali, biurowca, posadzek i dróg. Uprzedził, że koszty napraw uszkodzeń mogą być ogromne.

dowód

pismo pozwanego z dnia 28.06.2013 roku k. 28

Oświadczeniem z dnia 19.09.2013 roku pozwany odstąpiły od umowy zawartej z dnia 27.03.2013 roku. Powodem odstąpienia było nieterminowe, opieszale oraz wadliwe wykonywanie prac.

dowód

oświadczenie o odstąpieniu od umowy k. 47

Pismem z dnia 23 września 2013 roku pozwany cofnął oświadczenie o odstąpieniu od umowy wobec czego powód przystąpił do kontynuowania robót.

dowód

pismo pozwanego k. 53

W ramach próby załagodzenia konfliktu między stronami dnia 24.10.2013 roku strony podpisały porozumienie w którym m.in. w § 5 strony postanowiły, że po wykonaniu prac wykonawca zgłosi je pisemnie do odbioru. Pozwany natomiast zobowiązuje się terminie 21 dni roboczych od daty zgłoszenia robót do odbioru do wykonania i przedstawienia wykonawcy dokumentacji geologicznej potwierdzającej osiągnięcie na nasypach wskaźników zagęszczenia I_s 0,98.

W przypadku kiedy w terminie 21 dni roboczych zostanie wykonana dokumentacja, z której będzie wynikać, że wskaźnik zagęszczenia nasypu został osiągnięty i zostanie ona doręczona w tym terminie wykonawcy strony uznają za dzień odbioru datę doręczenia dokumentacji wykonawcy.

W przypadku kiedy z dokumentacji sporządzonej i doręczonej wykonawcy będzie wynikać, że wskaźnik zagęszczenia nie został osiągnięty zamawiający w porozumieniu z wykonawcą ustali terminy usunięcia wad, co nie pozbawia prawa wykonawcy do wykonania badań we własnym zakresie.

dowód

porozumienie k. 58-60

W toku realizacji robót badania kontrolne stanu zagęszczenia nasypu budowlanego wykonywał geolog T. Z. (1). Badań kontrolnych dokonywał za pomocą lekkiej płyty dynamicznej, lekkiej sondy dynamicznej oraz sondy ciężkiej. W oparciu o powyższe badania stwierdził, że nasyp budowlany zagęszczono do wartości I_s 0,98.

dowód

sprawozdanie wraz z załącznikami k. 108-145

Z uwagi na zastosowanie niewłaściwej metody badawczej zagęszczenia oraz wykonanie zbyt małej liczby pomiarów zagęszczenia gruntu nasypu, wskazane wyniki przez geologa T. Z. (2) mają one jedynie charakter orientacyjny i nie wskazują jednoznacznie faktycznie osiągniętego wskaźnika zagęszczenia.

dowód

opinia biegłego A. M. k. 716-726, 767 – 774, 1201- 1206, ustna opinia uzupełniająca k.1171 (nagranie auto video) ,

zeznania świadka A. B. k. 1170 (nagranie audio video) oraz wyniki badań k. 74-103, opinia k. 277-279, 336-343, 531-536, 537- 540, 425- 427, wyniki pomiarów k. 345-424

opinia geotechniczna J. D. (1) i I. D. k. 159- 168.

Sąd zważył, co następuje:

Żądanie powoda jest uzasadnione jedynie do kwoty 37 376 zł 15 gr. a w pozostałej części podlega oddaleniu.

Orzeczenie oparte zostało na zebranych materiale dowodowym w szczególności na przywołanych w ustaleniach faktycznych dokumentach . Jednakże z uwagi na istotę sporu , dla sądu oczywistym było, że rozstrzygnięcie oprócz musi się na wiedzy specjalnej. Z tego względu dopuszczono dowód z opinii biegłego geologa . Lektura sporządzonej opinii pisemnej , uzupełniającej opinii oraz bezpośredni kontakt z biegłym na rozprawie skłania sąd do twierdzenia, że opinia ta jako całość jest bardzo wnikliwa, logiczna, przejrzysta i w pełni wyjaśniająca wszystkie zadane biegłemu problemy , a tym samym zasługująca na całkowitą akceptację. Także uzupełniająca opinia biegłego stanowiąca odpowiedź na zarzuty powoda stosunku do pierwotnej opinii (k. 767-774) jest wyczerpująca , szczegółowo odnosząca się do zarzutów i wykazująca ich bezzasadność.

W ocenie Sądu nie ma potrzeby powtarzania w niniejszym uzasadnieniu treści tej opinii, z uwagi na jej rzeczowy styl, jest ona bowiem zawarta na wskazanych kartach akt sprawy.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy powód wykonał dzieło wadliwie, przy czym postępowanie dowodowe skupiało się na dwóch rodzajach wad wskazywanych przez pozwanego, bo to na nim w tym zakresie spoczywała inicjatywa dowodowa.

Po pierwsze czy powód nie uzyskał wymaganego umową wskaźnika zagęszczenia.

Po drugie czy powód nie usunął warstwy gleby spod nasypu przez co postąpił wbrew zasadom sztuki budowlanej i wbrew umowie.

1. W pierwszej kolejności przedmiotem rozważań będzie kwestia czy powód osiągnął wymagany umową wskaźnik zagęszczenia.

Nie może budzić wątpliwości, że rozstrzygnięcie tej kwestii musiało oprzeć się na wiedzy specjalnej z tego względu sąd dopuścił dowód z opinii biegłego geologa.

Biegły w każdej części w swojej opinii (opinia główna k. 716-726, opinia uzupełniająca k. 767-774, ustna opinia uzupełniająca złożone na rozprawie dnia 19.05.2017 roku k. 1171- 1172) odnosi się do tych dwóch problemów : wskaźnika zagęszczenia oraz pozostawionej warstwy humusu .

W tym miejscu podkreślić należy, że biegły nie dokonywał osobistych badań tzn. nie dokonywał odwiertów ani nie badał osobiście wskaźnika zagęszczenia. Ten fakt tłumaczył, że opinia zlecona została mu w kwietniu 2015 roku podczas gdy powód prace ziemne wykonywał w roku 2013. W związku z powyższym naturalny proces zagęszczenia (osiadania) gruntu jaki zachodził przez 2 lata sprawił, że badanie byłoby nieobiektywne. Ponadto pozwany w czerwcu 2014 roku w ramach robót naprawczych dokonywał wymiany oraz zagęszczenia gruntu na terenie przedmiotowych działek.

Dla uzyskania wiarygodnych wyników niezbędne było przeprowadzanie badań w momencie wykonywania nasypów. Zatem ,zdaniem Sądu ,całkowicie nieracjonalny jest zarzut powoda , że biegły nie wykonywał osobiście badań wskaźnika zagęszczenia. Biegły ten problem w sposób przekonujący sąd wyjaśnił odnosząc się do zarzutów pozwanego.

Biegły dokonał natomiast oceny wyników badań zagęszczenia jakie przeprowadzały geolog T. Z. (3). Pamiętać bowiem należy, że zgodnie z zapisem § 7 ust. 6 łączącej strony umowy - powód zobowiązany był do wykonania badań geotechnicznych potwierdzających wskaźnik zagęszczenia. W tym celu właśnie powód zatrudnił geologa T. Z. (3) , który równolegle z prowadzonymi przez powoda robotami ziemnymi miał dokonywać badań wskaźnika zagęszczenia. Wyniki badań tego geologa znajdują się w aktach sprawy (k. 32, 108-145, 262, 444-476) i one posłużyły biegłemu do oceny czy powód uzyskał określony umową wskaźnik zagęszczenia. Biegły wskazał, że jest to materiał wystarczający do wydania opinii w części dotyczącej wskaźnika zagęszczenia.

W tym miejscu sąd niejako na marginesie sąd podkreśla , bowiem kwestia ta była podnoszona w toku postępowania dowodowego, że tak wysoki wymagany umową wskaźnik zagęszczenia jednoznacznie wskazuje, że teren ten był przeznaczony pod budowę obiektów. Zatem powód jako profesjonalista nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że dokonując niwelacji terenu przygotowuje ten teren pod budowę planowaną przez pozwanego. Poza tym w treści pisma kierowanego do powoda z dnia 28.06.2013 roku pozwany informuje powoda, że niewłaściwe zagęszczenie gruntu może spowodować osiadanie projektowanej hali i biurowca, posadzek oraz dróg. Powód miał zatem świadomość jaki jest cel i przeznaczenie działek na których dokonywał niwelacji terenu. Podkreśla to zarówno biegły A. M. (2) ale także świadek A. B. (2), który również jest geologiem. Zgodnie twierdzili oni , że osiągnięcie tak wysokiego współczynnika zagęszczenia mógł być uzasadnione jedynie przyszłą budową. Ponadto powód miał świadomość , że pozwanemu bardzo zależy na osiągnięciu tego wskaźnika bowiem zawarte między stronami porozumienie w istocie dotyczy głównie tego problemu.

Wracając do głównego wątku. Biegły oceniając pracę i wyniki pomiarów geologa T. Z. (3) oparł się na obowiązującej w tym zakresie normie „PN-B-0 6 0 5 0-geotechnika. Roboty ziemne. Wymagania ogólne w dziale 3.5 nasypy, pkt 1 3. Ogólne zasady budowy nasypów, ppkt 3.5.1.5”, o czym wspominał na karcie 720 akt sprawy. Porównując badania wykonane przez geologa T. Z. (3) do wymagań tej normy biegły stwierdza, że geolog wykonał zbyt mało (o 111 sztuk tzn. o około 45%) pomiarów kontrolnych w stosunku do wymagań tej normy. Biorąc więc powyższe pod uwagę biegły stwierdza, że kontrolne badanie wskaźników zagęszczenia było wykonane w stopniu niewystarczającym i niezgodnym ze sztuką oraz zaleceniami norm branżowych **przez co nie można stwierdzić, że rzeczywiście osiągnięto założone i wymagana umową wskaźniki zagęszczenia (k. 721).**

Powód nie wykazał więc w sposób przekonujący, że osiągnął wymagany wskaźnik zagęszczenia. Dodać należy, że celem zawartej między stronami umowy było nie tylko osiągnięcie zamierzonego wskaźnika ale przekonanie o tym także zlecającego roboty, o czym świadczy chociażby zapis § 7 ust. 6 umowy (k. 24). Pozwany obserwując tok prac powoda już na wstępnym etapie prac ziemnych miał wątpliwości czy roboty prowadzone są w sposób właściwy, zapewniający osiągnięcie wymagalnego zagęszczenia. Świadczy o tym pismo pozwanego z dnia 28.06.2013 roku (k. 28).

Oprócz opinii biegłego A. M. (2) także inne dowody zebrane w aktach sprawy potwierdzają tezę, że wyniki badań oraz metody jakimi dokonywał badań geolog T. Z. (3) nie są reprezentatywne.

Tak więc pozwany mając wątpliwości co do jakości robót powoda zlecił sporządzenie opinii biegłym J. D. (1) oraz I. D. (k. 159 168). Wnioski wynikające z tej opinii wskazują na to, że wyniki przedstawione w sprawozdaniach T. Z. (2) traktować należy jako orientacyjne. **Ponadto biegli ci wskazują także, co podnosi też biegły A. M. (2), że geolog T. Z. (1) stosował niewłaściwe metody badania wskaźnika zagęszczenia.**

Oprócz omówionych wyżej dwóch zasadniczych dowodów niezwykle istotne znaczenie mają też zeznania świadka A. B. (2) w szczególności przeprowadzone przez niego badania stopnia zagęszczenia nasypu a przede wszystkim wykonane odwierty, co pozwoliło na uzyskanie profili litologicznych (k. 74-102, 392-424). W ocenie Sądu zarówno badania zagęszczenia jak i wykonane odwierty stanowią bardzo wartościowy materiał dowodowy, wykorzystany zresztą przez biegłego A. M., **ponieważ sporządzane one były pod potrzeby planowanej budowy hali produkcyjnej oraz biurowca, a nie dla potrzeb niniejszego postępowania sądowego.** Niewątpliwie zwiększa to walor wiarygodności tego dowodu.

Te względy zdaniem sądu decydują, że świadkowi temu przyświecały przede wszystkim względy fachowości, rzetelności, odpowiedzialności i bycia w zgodzie z zasadami sztuki budowlanej, bowiem wyniki badań jak i wykonane odwierty de facto dotyczyły bezpieczeństwa przyszłych obiektów budowlanych jakie pozwany miał zamiar postawić w tym miejscu.

Wyniki prac tego świadka stanowią zatem wiarygodny dowód i słusznie biegły A. M. (2) wykorzystaly je dla potrzeb opinii w tej sprawie. Sąd stwierdza, że świadek ten dostarczył biegłemu rzetelnego materiału dowodowego w oparciu o który biegły wywiódł wniosek, że powód nie uzyskał wymaganego wskaźnika zagęszczenia oraz nie usunął gleby – humusu z obszaru na którym w przyszłości miały powstać obiekty budowlane. Świadek ten po sporządzeniu analizy swoich badań (k. 338-343) stwierdził, że generalnie można stwierdzić, nasyp został zagęszczony do właściwego stanu zapewniającego odpowiednią nośność podłoża. Jednakże na części badanego terenu (około 20%) zagęszczenie nasypów nie osiągnęło stanu przewidzianego w umowie. Dotyczy to w szczególności warstwy do głębokości 1,0-1,5 metra. (k. 343).

Przesłuchany przed sądem świadek stwierdził jednak, że wykonane przez niego badania sondą ciężką dają jedynie przybliżony wynik. Jednoznaczny wynik można bowiem uzyskać tylko i wyłącznie w trakcie wykonywanych robót nasypowych przy pomocy aparatu proktora lub płyty dynamicznej. To takimi metodami powinien posługiwać się geolog T. Z. (3), który miał badać na bieżąco w trakcie robót wskaźnik zagęszczenia. Wszystkie inne metody stosowane już po zakończeniu robót dają jedynie wynik orientacyjny.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że taką samą tezę wygłosił biegły A. M. (2) oraz biegli sporządzający opinię prywatną J. D. i J. D.. Z uwagi na tal dalece posuniętą zbieżność sąd uwzględnił tzw. opinie prywatą J. D. i J. D..

Te wszystkie dowody prowadzą do zgodnego twierdzenia , że po zakończeniu robót nie można było już określić poziomu wskaźnika zagęszczenia. Badanie dokonywane sondą ciężką i sondą lekką daje wynik jedynie orientacyjny.

W świetle powyższych rozważań sąd stwierdza, że roboty wykonane przez powoda dotknięte są wadą polegającą na tym, że powód nie osiągnął wymaganego umową wskaźnika zagęszczenia. Powód nie wykazał osiągnięcia takiego wskaźnika jaki wynikał z treści umowy.

2. W drugiej kolejności Sąd zajmie się kwestią tzw. gruntów nienośnych – gleby, humusu , ziemi urodzajnej. Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią § 1 umowy przedmiotem robót ziemnych oprócz niwelacji terenu i osiągnięcia wymaganego wskaźnika zagęszczenia , miała być także **wymiana gruntów**. Nie może budzić wątpliwości fakt, że wymiana gruntów dotyczyć miała tzw. warstw nienośnych . Warstwa tej ziemi po przysypaniu ulega rozkładowi, wytwarzają się gazy co zagraża bezpieczeństwu postawionych na takim gruncie obiektów. Jest to teza mając poparcie zarówno w zasadach doświadczenia życiowego ale także w opinii biegłego i zeznaniach świadka A. B.. Jak już wyżej wskazano świadek A. B. wykonał szereg odwiertów (k. 272), z których ewidentnie wynika , z uzyskanych profili litologicznych , że powód nie wydobywał gleby z zagłębień terenu a jedynie ją przysypywał. W niektórych miejscach miąższość warstwy gleby wynosiła nawet 1 metr. Biegły analizując wyniki tych odwiertów jednoznacznie stwierdził, że powód nie usunął warstwy gleby urodzajnej tylko ją przysypywał. Zdaniem świadka A. B. pokłady gleby urodzajnej do dziś zapewne zalegają pod obiektami budowlanymi , natomiast projektanci najprawdopodobniej wzmocnili fundamenty. Przekonujące zeznania tego świadka, wyniki jego badań w szczególności wykonane odwierty oraz opinia biegłego w tej kwestii prowadzą do jednoznacznego wniosku , że **drugą wadą wykonanych przez powoda robót było pozostawienie warstwy nienośnych** .

O wadliwości wykonanych robót świadczy także fakt, że pozwany zlecił wykonanie prac naprawczych polegających na wymianie i zagęszczeniu gruntu na terenie działek będących przedmiotem umowy. Oczywistym jest, że gdyby nie zachodziła taka konieczność podyktowana obawą o bezpieczeństwo , pozwany nie poniósłby wydatku wysokości 318 718 zł 45 gr na wymianę i zagęszczenie gruntu a na taką konieczność wskazywał biegły A. M. (2) w końcowej treści opinii (k. 726)

Reasumując Sąd stwierdza, że roboty wykonane przez powoda dotknięte są wadami :

- nie osiągnięto zakładanego umową poziom współczynnika zagęszczenia

- nie dokonano wymiany warstwy nienośnych (ziemi urodzajnej).

Taki wniosek karze wyciągnąć analiza materiału dowodowego w postaci dokumentów wskazanych w części uzasadnienia, w której dokonano ustaleń faktycznych, opinia biegłego, prywatna opinia sporządzona przez J. D. i J. D. , zeznania świadka A. B. i dokumentacja badawcza sporządzona przez tego świadka sporządzona na potrzeby budowy przyszłych obiektów.

Drugorzędne znaczenie sąd nadał zeznaniom pozostałych świadków przesłuchany w toku postępowania bowiem nie opierały się one jak w przypadku świadka A. B. na badaniach lecz jedynie na obserwacjach.

Tymczasem istota sporu sprawia, że znaczenie mogą mieć tylko te dowody, które znajdują oparcie w wykonanych badaniach terenu.

Orzekając w niniejszej sprawie, w ramach postępowania odwoławczego , Sąd Apelacyjny w Białymstoku dokonał oceny materiału dowodowego która to ocena była wiążąca dla dalszej części postępowania , po uchyleniu wyroku do ponownego rozpoznania.

W świetle tych ustaleń:

1. strony łączyła umowa o dzieło.
2. pozwany nie miał podstaw do wstrzymania się z odbiorem robót , co uzasadniało odbiór jednostronny i żądanie wynagrodzenia
3. nie wygasły uprawnienia pozwanego do obrony zarzutem z rękojmi w postaci roszczenia żądanie obniżenia ceny przy czym na zamawiającego zostaje przesunięty procesowy ciężar wykazania tych wad, a także w kontekście art. 637 Kodeksu Cywilnego ciężar wykazania stosunku w jakim wynagrodzenie to powinno być obniżone
4. dopuszczalny procesowo jest podniesiony przez pozwanego zarzut potrącenia

Odnosnie żądania obniżenia wynagrodzenia .

Żądanie to z uwagi na wadliwość dzieła jest uzasadnione i znajduje oparcie w treści artykułu 637 § 2 Kodeksu Cywilnego - przepisu obowiązującego dacie zawarcia umowy. Jednocześnie w oparciu o treści art. 638 k.c. i na podstawie artykuł 560 § 3 k.c. Obniżona cena powinna pozostawać w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy jakiej wartości rzeczy z wadą pozostaje do wartości rzeczy bez wady.

W omawianej sytuacji konieczne zatem jest ustalenie proporcji jaka zachodzi między dziełem wolnym od wad a dziełem obciążonym wadami bowiem ta proporcja będzie mieć bezpośredni wpływ na skalę obniżenia wynagrodzenia.

Podkreślić należy, że żądanie powoda obniżenia wynagrodzenia ewoluowało w toku procesu. Pozwany w piśmie procesowym z dnia 30.04.2014 roku obniżenie wynagrodzenia oszacował na poziomie 20% umownego wynagrodzenia co pomniejszałoby wynagrodzenie powoda o kwotę 184 500 zł. (k. 570).

Następnie na rozprawie 20.10.2015 roku zażądał obniżenia wynagrodzenia o co najmniej 233 728 zł 50 gr tj. do kwoty objętej fakturą powoda (k. 154), nie wskazując kryteriów którymi kierował się w formułowaniu tej wielkości żądania.

Z kolei w piśmie procesowym z dnia 06.07.2015 roku pozwany sugerował możliwość obniżenia wynagrodzenia o 45% umownej kwoty wynagrodzenia ,co stanowiłoby sumę 415 125 zł (k. 876-877).

Ustalając stopień wadliwości dzieła sąd stwierdza, że z uwagi na specyfikę robót, a także specyfikę wad , dokonanie precyzyjnych ustaleń nie jest możliwe . Ustalenia te zawsze będą miały charakter orientacyjny.

Ustalając stopień wadliwości wykonanego dzieła można posłużyć się opinią biegłego zawartą na kartach 1203 - 1206 akt sprawy w której to biegły określił procent powierzchni gruntu na której nie osiągnięto wymaganego wskaźnika zagęszczenia oraz procent powierzchni gruntu objętych pracami na których bez wątpliwości pozostawiono warstwy humusu.

W pierwszym przypadku jest to 40,0 6% a w drugim przypadku jest to co najmniej 27, o 18% powierzchni. Matematyczne dodanie obu wielkości ,w ocenie sądu, nie określałoby w sposób wiarygodny stopnia wadliwości dzieła. Obie wielkości bowiem zachodzą na siebie, co oznacza, że na części gruntu , w którym nie osiągnięto współczynnika zagęszczenia pozostawiono jednocześnie warstwy humusu. Nie ma możliwości bez precyzyjnych badań określenia stopnia w którym oba te zakresy zachodzą na siebie. Nie ma też możliwości przeprowadzenia precyzyjnych badań ponieważ nieruchomości te są zabudowane, upłynął znaczny okres czasu w którym nastąpiło samoczynne zagęszczenie gruntu , a poza tym koszty tego przedsięwzięcia byłyby znaczne bowiem wiązałyby się to m.in. z koniecznością uszkodzenia posadzek w wybudowanych obiektach.

Jak już wyżej wskazano biegły przyjął tezę, że na całości powierzchni nasypów nie osiągnięto wymagalnego współczynnika zagęszczenia , na tej podstawie, że wykonane w tym zakresie badania przez T. Z. (3) nie były zgodne ze sztuką.

Próby ustalenia zatem stopnia wadliwości dzieła w oparciu o wskazane przez biegłego wielkości na karcie 1203 i 1204 ze swej istoty byłyby bardzo nieprecyzyjne.

Z tego względu Sąd przyjął inną metodę określenia stopnia wadliwości dzieła. W toku postępowania dowodowego pozwany zmuszony został do wykonania robót naprawczych w postaci wymiany i zagęszczenia gruntu na terenie działek objętych umową. Poniósł z tego tytułu wydatek wysokości 318 718 zł 45 gr (k. 603,604 608-612). Przyjąć zatem należy, że były to koszty niezbędne do usunięcia wad i tym samym osiągnięcia takiego poziomu „bezpieczeństwa budowlanego” który pozwalał na wzniesienie obiektów.

Wartość brutto wszystkich robót objętych umową (750 000 netto plus VAT) oraz robót dodatkowych wyszczególnionych przez powoda na karcie 11 akt sprawy w punktach a-d zamknęła się kwotą 1 044 866 zł. Zatem gdyby powód wykonał roboty w sposób niewadliwy to otrzymałby wynagrodzenie w takiej kwocie. Ujawnione jednak wady sprawiły, że pozwany zmuszony był ponieść wydatki wysokości 318 718 zł 45 gr na „przystosowanie gruntu dla celów budowlanych”. Porównując obie kwoty można wyciągnąć wniosek, że pozwany poniósł wydatki w wysokości 30,5 procent na usunięcie wad (318 718, 45 : 1 044 866 x 100%).

A więc stopień wadliwości określić można na 30,5% porównując pełne wynagrodzenie jakie musiałby zapłacić pozwanym z kosztami jakie poniósł usunięcie wad.

W ocenie Sądu ta metoda obliczenia stopnia wadliwości dzieła jest bardziej zbliżona do rzeczywistości niż wskazana wyżej, opierająca się na wskaźnikach wyliczonych przez biegłego.

Jak już wyżej wskazano pozwany w toku postępowania podał aż trzy kwoty w ramach żądania obniżenia wynagrodzenia. Mając świadomość tego, że dokonane przez sąd obliczenia w ramach drugiej metody ustalenia stopnia wadliwości dzieła też są w pewnym stopniu orientacyjne, sąd kierując się zasadą daleko posuniętej rozważliwosci w ocenie stopnia wadliwości i obawą przed „przeszacowaniem” tego stopnia ze szkodą dla powoda, przyjął za zasadne obniżenie wynagrodzenia o 20% zgodnie z wnioskiem pozwanego zawartym w piśmie procesowym z 30 kwietnia 2014 roku. Tak więc obniżył wynagrodzenie powoda o kwotę 184 500 zł.

Odnośnie zarzutu potrącenia.

Podniesiony przez pozwanego zarzutu potrącenia jest uzasadniony i znajduje oparcie w treści art. 498 § 1 k.c. bowiem pozwany ma wierzytelność wobec powoda z tytułu poniesionych kosztów związanych zagęszczeniem gruntu i usunięciem humusu w wysokości 318718 zł 45 gr. Poniesienie tych wydatków było niezbędne w celu wzniesienia obiektów budowlanych na działce objętej umową. Wydatki te zostały przez powoda w sposób przekonujący wykazane fakturami.

Specyfika wad dzieła sprawiła że nie było możliwości wznoszenia na tym gruncie obiektów budowlanych go groziłoby to zapewne katastrofą budowlaną a tym samym konieczne było poniesienie powyższych wydatków.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do następujących wniosków:

1. Zasadne jest obniżenie wynagrodzenia o kwotę 184 500 zł. a „zaoszczędzoną” w ten sposób sumę pozwanemu należy zaliczyć na poczet robót naprawczych.
2. Zasadny jest zarzut potrącenia kwoty 318 718 zł 45 gr tytułem wszystkich wydatków pozwanego na usunięcie wad.
3. Obniżenie wynagrodzenia o kwotę 184 500 zł pochłanianie w takim zakresie kwotę zgłoszoną do potrącenia
4. Po obniżeniu żądanego pozwanym wynagrodzenia o kwotę 184 500 zł do zasądzenia pozostaje kwota 171 594 zł 60 gr. (356 094 – 184 500 = 171 594, 60 zł) bez uwzględnienia zarzutu potrącenia.

5. Po częściowej konsumpcji kwoty objętej zarzutem potrącenia o 184 500 zł kwota pozostała do potrącenia to 134 218 zł 45 gr (318 718, 45 zł – 184 500 zł = 134 218, 45 zł.

6. Po dokonaniu potrącenia kwoty objętej pkt 5 z kwotą objętą pkt 4 (171 594, 60 zł – 134 218 , 45 zł) **uzasadnione żądanie powoda to suma 37 373 zł 15 gr.**

Taka też kwota została zasądzona od pozwanego na rzecz powoda w oparciu o przepis art. 627 k.c.

O kosztach procesu rozstrzygnięto stosownie do treści art. 100 Kodeksu Postępowania Cywilnego dokonując ich stosunkowego rozdzielenia ,stosownie do wyniku postępowania.

Powód poniósł następujące koszty:

1. Opłata sądowa w wysokości 17805 zł
2. Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłego w wysokości 1500 zł
3. Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłego kwocie 1929 zł
4. Wynagrodzenie pełnomocnika 7217 zł

Łącznie daje to sumę 28451 zł

Pozwany podniósł następujące koszty:

1. opłata od apelacji wysokości 17805 zł
2. Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłego w wysokości 1500 zł
3. Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłego w kwocie 1929
4. Wynagrodzenie pełnomocnika przed sądem pierwszej instancji 7217 zł
5. Wynagrodzenie pełnomocnika przed sądem II instancji 3600 zł

Łącznie daje to sumę 32 052zł

Powód wygrał proces w 10,49%

Pozwany wygrał proces w 89,51%

Z wzajemnego rozliczenia wynika, że powód winien zwrócić pozwanemu koszty procesu w wysokości 25 704 zł 35 gr , z uwzględnieniem kosztów poniesionych w ramach postępowania odwoławczego.

Sędzia

Wiesław Kasprzyk