

UZASADNIENIE

Powód Powiat (...) w pozwie wniesionym do tutejszego Sądu w dniu 15 lipca 2020 r. dochodził od pozwanych E. M. i J. M. (1) zapłaty na rzecz powoda solidarnie kwoty 751.342,73 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2019 r. do dnia zapłaty oraz z kosztami procesu. Ponadto, powód wniósł o upoważnienie go do wykonania solidarnie na koszt pozwanych czynności polegających na usunięciu wad powstałych w okresie gwarancyjnym i opisanych w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., protokole z dnia 3 czerwca 2019 r., protokołach z dnia 18 czerwca 2019 r. i protokołach z dnia 3 czerwca 2020 r., znajdujących się na drodze powiatowej nr (...) S. – J., nr (...) S. – R. odcinek D. – R., nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D. oraz na drodze powiatowej nr (...) na odcinku G. – S..

W uzasadnieniu żądań pozwu powód wyjaśnił m.in., że w umowę nr (...) z dnia 23 marca 2017 r. zawartej w B. pomiędzy powodem Powiatem (...) – reprezentowanym przez Dyrektora Zarządu Dróg Powiatowych w B. a pozwanymi E. M. i J. M. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) - Usługowa Spółka Cywilna E., J. M. (2) z/s w L. pozwani zobowiązali się do wykonania na rzecz Zamawiającego/powoda robót budowlanych w ramach Inwestycji pn.: „Wykonanie Powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami”. Zgodnie z § 1 pkt 1 umowy, prace obejmowały cztery odcinki dróg o łącznej długości 11.770 km i powierzchni 62.015 m kw, w tym: 1) Zadanie A – wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – J.; 2) Zadanie B – wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R.; 3) Zadanie C – wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D.; 4) Zadanie D – wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S.. Przedmiotowa umowa zawierała postanowienia dotyczące szczegółów związanych z wykonaniem robót budowlanych, a integralną część umowy stanowił zakres robót ujęty szczegółowo w przedmiarze robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zgodnie z § 7 ust. 1 zd. 1 umowy, wykonawca udzielił 60 miesięcy gwarancji na zrealizowany przedmiot umowy, liczonej od dnia odbioru końcowego. Z kolei ust. 3 tego paragrafu stanowił, że wykonawca zobowiązany jest do usunięcia usterek w terminach uzgodnionych z zamawiającym. W § 9 ust. 1.2. lit. a) tiret drugi zawarto postanowienie, na podstawie którego wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,5% wynagrodzenia określonego w § 11 pkt 1 umowy za każdy dzień zwłoki. Termin zwłoki liczony miał być od następnego dnia po terminie ustalonym na usunięcie wad. Teren budowy został pozwany przekazany, a następnie po wykonaniu przedmiotu umowy protokołami odbioru końcowego i przekazania do użytku inwestycji spisanych w dniu 23 sierpnia 2017 dokonano odbioru prac każdego z zadań opisanych w § 1 umowy. Okres gwarancji zaczął więc biec od dnia 23 sierpnia 2017 r. do dnia 22 sierpnia 2022 r.

Jak wynika z dalszej treści uzasadnienia pozwu, w protokołach: 1) z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. wykonania powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami odnoszącego się do Zadania A – Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – J.; 2) z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. wykonania powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami odnoszącego się do Zadania B – Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R.; 3) z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. wykonania powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami odnoszącego się do Zadania C – Wykonania powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) R. – O. na odcinku K.-D.; 4) z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. wykonania powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami odnoszącego się do Zadania D – Wykonania powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S., stwierdzono wady szczegółowo tam opisane, w związku z czym wyznaczono pozwany termin ich usunięcia do dnia 16 lipca 2018 r. Pismem z dnia 17 lipca 2018 r. powód zwrócił się do pozwanych o wskazanie terminu usunięcia wad i zagroził zastosowaniem kar umownych, zgodnie z postanowieniami zawartej umowy. Pismem z dnia 7 listopada 2018 r. i z dnia 4 kwietnia 2019 r. powód wezwał pozwanych do niezwłocznego usunięcia wad. Wszelkie powzięte przez pozwanych (zdaniem powoda, pozorne)

próby usunięcia wad nie przyniosły żadnego rezultatu. Pismem z dnia 21 maja 2019 r. powód wyznaczył kolejny termin przeglądu dróg. W trakcie przeglądu stanu technicznego w ramach gwarancji ponownie dokonano oględzin dróg dotyczących Zadania A, B, C, w wyniku którego stwierdzono, że nadal występują wady ujawnione w trakcie wykonanego pierwszego przeglądu gwarancyjnego w dniu 6 czerwca 2018 r., a ponadto, niezależnie od powyższego, powstały nowe wady. Wyznaczono kolejny termin na usunięcie wad, tym razem do dnia 31 sierpnia 2019 r. Z kolei w dniu 3 czerwca 2019 r., w trakcie przeglądu gwarancyjnego dotyczącego zadania D stwierdzono poza wcześniejszymi wadami, nowe wady i wyznaczono termin ich usunięcia do dnia 30 lipca 2019 r. Finalnie więc pozwani nie dokonali żadnych napraw, ponieważ wady i usterki istniały nadal, a ich działania miały charakter pozorny. Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. pozwani zgłosili powodowi gotowość do odbioru robót z dniem 23 sierpnia 2019 r., co nastąpiło z dniem 10 września 2019 r. Powód, mimo wszystko próbował polubownie załatwić sprawę i pismem z dnia 25 września 2019 r. wezwał pozwanych do usunięcia dotychczas stwierdzonych wad. W dniu 3 czerwca 2020 r. wykonano ponownie przegląd stanu technicznego dróg objętych Zadaniem A, B, C i D i stwierdzono, że nie zostały jak dotychczas usunięte wady stwierdzone we wcześniejszych przeglądach, a ponadto nastąpiła dalsza degradacja dróg. Sporządzono także kosztorysy, z których wynika koszt usunięcia wad stwierdzonych w trakcie przeglądu gwarancyjnego, tj.: 1) w zakresie Zadania A jest to kwota 12.593,29 zł; 2) w zakresie Zadania B jest to kwota 77.221,24 zł; 3) w zakresie Zadania C jest to kwota 138.069,22 zł; 4) w zakresie Zadania D jest to kwota 57.139,53 zł.

W związku z powyższym powód wskazał, iż pismem z dnia 27 listopada 2019 r. zwrócił się do pozwanych o zapłatę kary umownej za nieusunięcie w terminie wad ujawnionych w okresie gwarancyjnym w protokołach z dnia 6 czerwca 2018 r. Jednocześnie, powód wyjaśnił, że dokonał wyliczenia wysokości kary umownej na korzyść pozwanych przyjmując, że powinna zostać ona wyliczona od dnia 17 lipca 2018 r. do 30 września 2018 r. i od 1 maja 2019 r. do 7 października 2019 r., a więc z wyłączeniem tzw. okresu zimowego. Jak zaznaczył powód, przyjęto taki okres, gdyż wady ujawnione w protokołach z dnia 6 czerwca 2018 r. nie zostały usunięte, aż do chwili złożenia pozwu. Późniejsze protokoły przeglądu gwarancyjnego dróg potwierdzały fakt ich nieusunięcia. Wraz z pismem z dnia 27 listopada 2019 r. powód wysłał notę księgową nr (...). Pozwani odpowiedzieli negatywnie pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. W dniu 19 czerwca 2020 r. na rachunek bankowy powoda wpłynęła kwota 11.441,77 zł w związku z udzieloną gwarancją ubezpieczeniową i w związku z niewykonaniem przez pozwanych napraw wad ujawnionych na ww. drogach w okresie gwarancyjnym. W rezultacie, powód po wielomiesięcznych próbach polubownego załatwienia sprawy, obciążył pozwanych karą umowną liczoną od dnia 17 lipca 2018 r., tj. od dnia następnego wyznaczonego jako dzień usunięcia wad do dnia 30 września 2018 r. i od dnia 1 maja 2019 r. do dnia 7 października 2019 r. Wobec tego, powód wyjaśnił, że uzyskawszy kwotę 11.441,77 zł z gwarancji ubezpieczeniowej w związku z niewykonaniem napraw gwarancyjnych, dochodzi w niniejszej sprawie kwoty 751.342,73 zł (762.874,50 zł – 11.441,77 zł) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2019 r. do dnia zapłaty, tj. od chwili zajęcia negatywnego stanowiska przez pozwanych. Jak nadto zaznaczył powód, pozwani na mocy § 7 ust. 3 umowy byli zobowiązani usunąć usterki/wady ujawnione w okresie gwarancji, czego nie uczynili. Koszt usunięcia wad wynosi łącznie 285.023,28 zł (12.593,29 zł + 77.221,24 zł + 138.069,22 zł + 57.139,53 zł), stąd po zsumowaniu wysokości kary umownej dochodzonej pozwem wartość przedmiotu sporu wynosi 1.036.366,01 zł (285.023,28 zł + 751.342,73 zł).

W odpowiedzi na pozew pozwani wnieśli o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych solidarnie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Z ostrożności procesowej, tj. w razie nieuwzględnienia przez Sąd, iż kary umowne, o których mowa w § 7 ust. 1 lit. a) tiret drugi umowy są bezwzględnie nieważne, pozwani wnieśli o miarkowanie dochodzonych przez powoda kar umownych w kwocie 751.342,73 zł do wysokości 15% wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 11 ust. 1 umowy, tj. 15% z kwoty 620.150,00 zł.

Pozwani zakwestionowali żądanie pozwu tak co do zasady, jak i co do wysokości. Strona pozwana argumentowała, że żadne czynności w ramach wykonania zastępczego nie wchodzą w zakres udzielonej przez pozwanych gwarancji, o której mowa w § 7 ust. 1 umowy, zaś same wady drogi nie wynikają z przyczyn tkwiących w wykonanych robotach, a są konsekwencją okoliczności zewnętrznych i niezależnych od pozwanych, za które odpowiada powód, wyszczególnionych w dalszej treści odpowiedzi na pozew. Poza tym, pozwani podnieśli, że powód nie

zakwestionował w pozwie jakości robót wykonanych przez pozwanych. Wg pozwanych, treść umowy i załączników do niej, w tym Specyfikacji (...), nie wskazują, by to pozwani obowiązyani byli do ingerencji w istniejące warunki terenowe, tj. do wykonania jakichkolwiek robót w zakresie podłoża oraz podbudowy wykonywanych robót. Zakres przedmiotowy umowy szczegółowo i precyzyjnie określał, iż roboty budowlane, jakie mają wykonać pozwani w ramach umowy, obejmują powierzchniowe utrwalenie nawierzchni trzema warstwami, które również zostały wymienione w Specyfikacji (...). Umowa oraz dokumentacja techniczna, stanowiąca integralną część umowy, szczegółowo określały ilość warstw powierzchniowego utrwalenia nawierzchni oraz materiały, jakie mają zostać do tego wykorzystane. Umowa nie określała, iż pozwani zobowiązani są do wykonania generalnego remontu drogi, a następnie do przystąpienia do wykonania powierzchniowego utrwalenia nawierzchni trzema warstwami. Dalej pozwani odnieśli się do treści poszczególnych protokołów z przeglądów podnosząc m.in., że powód wzywając pozwanych do usunięcia wad opisanych w tychże protokołach, oczekiwał od pozwanych wykonania czynności wykraczających poza zakres udzielonej przez pozwanych gwarancji, o której mowa w § 7 ust. 1 umowy, tj. wykonania dodatkowego powierzchniowego utrwalenia na całej powierzchni – czwartej warstwy na całej długości i szerokości drogi w ramach każdego z zadań (Zadanie A, B, C, D), nie zaś podjęcia czynności objętych gwarancją, mających na celu usunięcie wad. Jednocześnie, pozwani zarzucili, że nie są obowiązyani do usunięcia wad i ubytków drogi, z uwagi na fakt, że umowa przewidywała wykonanie jedynie trzech warstw powierzchniowych nawierzchni, a nie wykonanie generalnego remontu drogi, zaś wady są efektem przyjęcia przez powoda jako zamawiającego niewłaściwej technologii naprawy za pomocą powierzchniowego utrwalenia. Jak podkreślili pozwani, technologia ta jest zaliczana do podstawowych zabiegów utrzymaniowych dróg, nie jest to natomiast metoda mająca na celu doprowadzenie do generalnej przebudowy drogi polegająca na wzmocnieniu, czyli na zwiększeniu nośności nawierzchni, a wyłącznie wydłużeniu możliwości użytkowania odcinków drogi na pewien okres czasu. Powyższego remontu częściowego, zdaniem pozwanych, nie można utożsamiać z generalnym remontem bądź przebudową drogi, poprawiającym jej stan na okres kilkudziesięciu lat, mającym na celu wzmocnienie istniejącej konstrukcji. Jak ponownie zaznaczyli pozwani, umowa przewidywała wykonanie jedynie trzech warstw powierzchniowych nawierzchni, a nie wykonanie generalnego remontu drogi. W celu zaś zapewnienia trwałości inwestycji, zdaniem pozwanych należy dokonać generalnego remontu bądź przebudowy drogi, aby doprowadzić podłożę do wymagalnych standardów nośności oraz zapewnić właściwe odwodnienie, tj. dokonać generalnego remontu drogi, co jest robotą znacznie droższą, aniżeli zabiegi powierzchniowego utrwalenia.

Według pozwanych, brak jest jakichkolwiek podstaw do upoważnienia przez Sąd do wykonania solidarnie na koszt pozwanych czynności w ramach wykonania zastępczego, gdyż wady w powierzchni wykonanych robót nie wynikają z przyczyn tkwiących w wykonanych robotach, lecz są konsekwencją okoliczności zewnętrznych i niezależnych od pozwanych, tj. wadliwych warunków terenowych, braku właściwego rozpoznania warunków gruntowych i materiałowych istniejącej podbudowy, braku właściwego odwodnienia, co przyczynia się do utraty stateczności poboczy, spękania nawierzchni, wyłuszczeń ziaren kruszywa i mastyksu, a w konsekwencji nieprawidłowej decyzji o zakresie i technologii remontu drogi przez powoda. Wobec tego, w ocenie pozwanych nie odpowiadają oni za wadę spowodowaną czynnikami zewnętrznymi. Pozwani zakwestionowali także podstawę i zasadność naliczenia kar umownych. W związku z tym wskazali, że każdorazowo wywiązywali się z realizacji obowiązków gwarancyjnych poprzez przystąpienie do napraw wad, jednakże powód odmawiał uznania wykonanych napraw, bądź uznawał je za wykonane niezgodnie z zakresem opisanym w protokołach stanu technicznego. Tym samym, w ocenie pozwanych nie można przyjąć, że pozwani pozostawali w zwłóce w usuwaniu wad. Pozwani podnieśli nadto zarzut nieważności klauzuli umownej zawartej w § 9 umowy, stanowiącej podstawę nałożenia na pozwanych kar umownych, wskazując że klauzula ta nie określa górnego limitu wysokości kary umownej, ani końcowego terminu jej naliczania, wobec czego jej zastrzeżenie jest nieważne w świetle art. 483 k.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego. Niezależnie od powyższego, pozwani zarzucili, że nałożona przez powoda kara umowna w kwocie 751.342,73 zł jest rażąco wygórowana i powinna podlegać miarkowaniu, gdyż przekracza ona wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ustalone na kwotę 620.150,00 zł netto, tj. 762.784,50 zł brutto, w całości konsumując wynagrodzenie za roboty objęte przedmiotem umowy. Pozwani dodali przy tym, iż zgodnie z art. 484 § 2 k.c. dłużnik może żądać zmniejszenia kar umownych, jeżeli

zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Tym bardziej, w ocenie pozwanych wykonanie całego zobowiązania uprawnia ich do skutecznego domagania się miarkowania kary umownej.

W kolejnych pismach procesowych i na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie oraz zgłosiły dalsze wnioski dowodowe.

W pismach procesowych z dnia 25 maja 2022 r. (k.1319-1321) i z dnia 29 lipca 2022 r. (k.1335-1337) pełnomocnik powodów przedstawił ostateczne stanowisko w sprawie, podtrzymując w całości żądanie pozwu.

W pismach procesowych z dnia 27 maja 2022 r. (k.1323-1328v.) i z dnia 2 sierpnia 2022 r. (k.1339-1344v.) pełnomocnik pozwanych przedstawił ostateczne stanowisko w sprawie, podtrzymując dotychczasowe twierdzenia i zarzuty, w tym zarzut niemożliwości świadczenia pozwanych z tytułu udzielonej rękojmi i gwarancji na wykonane roboty, z uwagi na to, iż w ocenie pozwanych do obecnego stanu dróg doszło na skutek niewłaściwego stanu podłoża, za który według pozwanych odpowiada powód. Poza tym, w piśmie procesowym z dnia 27 maja 2022 r. (k.1323-1328v.) pełnomocnik pozwanych zgłosił wniosek o przesłuchanie świadków C. G., K. Z., M. B., M. L., M. M. i S. D. (1) bezpośrednio przed Sądem.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

W dniu 23 marca 2017 r. strony zawarły umowę Nr TN. (...) -1/17 o roboty budowlane, w ramach której pozwani jako wykonawcy zobowiązali się do wykonania na rzecz powoda jako zamawiającego, powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami 4 odcinków dróg o łącznej długości 11,770 km i powierzchni 62015 m kw.

Roboty objęte umową zostały podzielone na 4 Zadania: Zadanie A – Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – J.; Zadanie B - Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R.; Zadanie C - Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) R. – O.- D. na odcinku K. – D.; Zadanie D - Wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S..

Okoliczność bezsporna, a ponadto **dowód:** umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Zadanie A dotyczyło lokalizacji od km 0 + 000 do km 1,963, długości 1,963 km, w ramach którego pozwani zobowiązali się wykonać potrójne powierzchniowe utrwalenie nawierzchni emulsją asfaltową modyfikowaną i grysami o frakcji dolna warstwa grys 8/11 mm, środkowa warstwa 5/8 mm, górna warstwa 2/5 mm – (...) kw, na drodze powiatowej Nr (...) S. S. – J..

Zadanie B dotyczyło lokalizacji od km 8 + 865 do km 11 + 240, długości 2,375 km, w ramach którego pozwani zobowiązali się wykonać potrójne powierzchniowe utrwalenie nawierzchni emulsją asfaltową modyfikowaną i grysami o frakcji dolna warstwa grys 8/11 mm, środkowa warstwa 5/8 mm, górna warstwa 2/5 mm – (...) kw, na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R..

Zadanie C dotyczyło lokalizacji od km 12 + 540 do km 16 + 006, długości 3,466 km, w ramach którego pozwani zobowiązali się wykonać potrójne powierzchniowe utrwalenie nawierzchni emulsją asfaltową modyfikowaną i grysami o frakcji dolna warstwa grys 8/11 mm, środkowa warstwa 5/8 mm, górna warstwa 2/5 mm – (...) kw, na drodze powiatowej Nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D..

Zadanie D dotyczyło lokalizacji od km 0 + 000 do km 3 + 966, długości 3,966 km, w ramach którego pozwani zobowiązali się wykonać potrójne powierzchniowe utrwalenie nawierzchni emulsją asfaltową modyfikowaną i grysami o frakcji dolna warstwa grys 8/11 mm, środkowa warstwa 5/8 mm, górna warstwa 2/5 mm – (...) kw, na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S..

Okoliczność bezsporna, a ponadto **dowód:** umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Przed przystąpieniem do realizacji Zadania A, B, C i D pozwani jako wykonawcy zobowiązali się do wykonania remontu cząstkowego likwidując ubytki i nierówności nawierzchni drogi (§ 1 ust. 2 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Szczegółowy zakres robót został ujęty w przedmiarze robót oraz w specyfikacji technicznej, stanowiących integralną część umowy (§1 ust. 3 umowy w zw. z § 16 umowy). Poza tym, integralną część umowy stanowiły Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferta wykonawcy i kosztorys ofertowy (§ 16 umowy).

Okoliczność bezsporna, a ponadto **dowód:** umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295; oferta pozwanych wraz z kosztorysem ofertowym – k.353-358; specyfikacja techniczna – k.411-417v.; harmonogram rzeczowo – finansowy – k.401; Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami – k.376-410

Pozwani jako wykonawcy potwierdzili, że przed podpisaniem niniejszej umowy, przy zachowaniu najwyższej staranności zapoznali się z przedmiarem robót oraz dokonali wizji lokalnej terenu budowy, a także poznali istniejący stan faktyczny (§ 1 ust. 5 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Pozwani jako wykonawcy zobowiązali się do rozbiórki konstrukcji oraz wywiezienia, składowania i utylizacji. Koszty z tym związane, zgodnie z umową obciążały wykonawcę, tj. pozwanych (§ 2 ust. 1.1. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Pozwani jako wykonawcy oświadczyli w treści umowy, że posiadają konieczne doświadczenie i profesjonalne kwalifikacje niezbędne do prawidłowego wykonania umowy i zobowiązali się do: wykonania przedmiotu umowy przy zachowaniu należytej staranności określonej w art. 355 § 2 k.c., a także do informowania w formie pisemnej zamawiającego (powoda) o przebiegu wykonywania umowy na każde żądanie zamawiającego (powoda) oraz do przedstawiania mu sprawozdań (§ 3 ust. 1.1. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Powód jako zamawiający zobowiązany był do protokolarnego przekazania dziennika budowy, terenu budowy oraz do wskazania miejsca poboru wody i energii elektrycznej w terminie 15 dni od dnia podpisania umowy (§ 3 ust. 2.1. umowy).

Po protokolarnym przejęciu od zamawiającego (powoda) terenu budowy, pozwani jako wykonawcy ponosili aż do chwili wykonania przedmiotu umowy, pełną odpowiedzialność za przekazany teren budowy (§ 3 ust. 2.3. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Pozwani jako wykonawcy zobowiązali się wykonać przedmiot umowy zgodnie z przedmiarem robót, obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i przepisami prawa dotyczącymi wymagań technicznych, ze złożoną ofertą, w tym z kosztorysem ofertowym i ze specyfikacją techniczną oraz z zasadami sztuki budowlanej (§ 3 ust. 3.1. umowy). Przedmiot umowy miał zostać wykonany przez pozwanych z materiałów stanowiących ich własność (§ 3 ust. 3.2. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

(...) i urządzenia użyte przez pozwanych do wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z treścią umowy powinny posiadać świadectwa jakości, certyfikaty kraju pochodzenia oraz powinny odpowiadać normom, wymaganiom specyfikacji technicznej, a także wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie. Na każde żądanie

zamawiającego (powoda), pozwani byli zobowiązani okazać właściwe dokumenty, zgodnie z prawem budowlanym (§ 3 ust.3.3. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Pozwani jako wykonawcy zobowiązali się również do: 1) pisemnego informowania zamawiającego (powoda) – za pośrednictwem inspektora nadzoru inwestorskiego – o konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych sporządzając protokół konieczności określający zakres robót oraz szacunkową ich wartość (wg kosztorysu ofertowego); 2) informowania o zagrożeniach, które mogą mieć ujemny wpływ na tok realizacji inwestycji, jakość robót, opóźnienie planowanej daty zakończenia robót, jak i zmianę wynagrodzenia za wykonany umowny zakres robót oraz do współpracy z zamawiającym przy opracowywaniu przedsięwzięć zapobiegających zagrożeniom (§ 3 ust. 3.5. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Termin zakończenia prac budowlanych i wykonania przedmiotu umowy strony określiły jako okres od dnia 15 czerwca 2017 r. do dnia 31 lipca 2017 r. (§ 4 ust. 1 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295; harmonogram rzeczowo – finansowy – k.298

W razie ujawnienia w trakcie odbioru robót, wad nienadających się do usunięcia, uniemożliwiających użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, powód jako zamawiający był uprawniony m.in. do zażądania wykonania przedmiotu umowy po raz drugi, zachowując prawo do naliczania wykonawcom (pозwanym) zastrzeżonych kar umownych i odszkodowań na zasadach określonych w § 9 umowy, a w przypadku niewykonania w ustalonym terminie przedmiotu umowy po raz drugi – do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy (pозwanych) (§ 5 ust. 2 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Wykonawcy (pозwani) udzielili powodowi 60 miesięcy gwarancji na zrealizowany przedmiot umowy, liczonej od dnia odbioru końcowego. Poza tym, pozwani oświadczyli, że jako wykonawcy ponoszą wobec powoda (zamawiającego) odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy przez okres 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego (§ 7 ust. 1 umowy). Powód zobligowany był do powiadomienia pозwanych o wszelkich ujawnionych usterkach w terminie 10 dni od dnia ich ujawnienia (§ 7 ust. 2 umowy). Pozwani zobowiązani byli do usunięcia usterek w terminach uzgodnionych z powodem (§ 7 ust. 3 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Strony zastrzegły prawo do naliczania kar umownych za nieterminowe lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy (§ 9 ust. 1.1. umowy).

Pozwani jako wykonawcy zobowiązali się do zapłaty na rzecz powoda kary umownej m.in. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 11 pkt 1 umowy za każdy dzień zwłoki. Termin zwłoki, zgodnie z umową liczyć należało od dnia następnego po terminie ustalonym na usunięcie wad (§ 9 ust. 1.2. umowy). Termin zapłaty kary umownej wynosił 14 dni od dnia doręczenia stronie wezwania do zapłaty (§ 9 ust. 1.3. umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Strony przewidziały w umowie możliwość dochodzenia przez zamawiającego (powoda) odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym (§ 9 ust. 2 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295

Na zabezpieczenie należytego wykonania umowy pozwani jako wykonawcy wnieśli na rzecz powoda kwotę 38.139,22 zł stanowiącą 5% całkowitej ceny umowy określonej w § 11 ust. 1 umowy. Kwota ta miała zostać zwrócona pozwanym w następujący sposób: a) 70% w ciągu 30 dni po odbiorze końcowym, b) pozostałe 30% w ciągu 15 dni po upływie gwarancji jakości (§ 10 ust. 1.1. i 1.4. umowy). Zabezpieczenie należytego wykonania umowy pozwani wnieśli w formie gwarancji ubezpieczeniowej nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie (§ 10 ust. 1.2. i 1.3. umowy). Gwarantem ustanowiono (...) S.A. z/s w Ł.. Okres ważności gwarancji ustalono od dnia 23 marca 2017 r. do dnia 31 sierpnia 2017 r. – z tytułu nienależytego wykonania kontraktu oraz od dnia 1 września 2017 r. do dnia 15 września 2022 r. z tytułu nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek. Na podstawie niniejszej gwarancji gwarant zobowiązał się zapłacić na rzecz beneficjenta (powoda) należną kwotę w terminie 30 dni od daty otrzymania od beneficjenta (powoda) pierwszego wezwania do zapłaty wraz z załącznikami określonymi w punkcie 6 umowy gwarancji.

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295; umowa gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 22 marca 2017 r. – k.296-297

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na rzecz pozwanych w kwocie zgodnej z wynikiem przetargu nieograniczonego z dnia 24 lutego 2017 r., tj. 620.150,00 zł netto plus podatek VAT 23%, tj. łącznie 762.784,50 zł brutto (§ 11 ust. 1 umowy). W wynagrodzeniu tym mieściły się wynagrodzenia za poszczególne Zadania stanowiące przedmiot umowy, w tym: kwota 109.020,00 zł netto, tj. 134.094,60 zł brutto za wykonanie Zadania A; kwota 118.170,00 zł netto, tj. 145.349,10 zł brutto za wykonanie Zadania B; kwota 176.630,00 zł netto, tj. 217.254,90 zł brutto za wykonanie Zadania C oraz kwota 216.330,00 zł, tj. 266.085,90 zł brutto za wykonanie Zadania D (§ 11 ust. 1 umowy).

Należne pozwanym wynagrodzenie miało być płatne na podstawie faktur VAT, wystawionych oddzielnie za każde Zadanie (§ 11 ust. 4 umowy).

Podstawę do wystawienia faktury stanowił protokół odbioru końcowego wykonanych robót w całości zamówienia, podpisany przez inspektora nadzoru z uwzględnieniem postanowień § 5 umowy (§ 11 ust. 5 umowy).

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295; oferta pozwanych wraz z kosztorysem – k.354-358; protokół Komisji Przetargowej – k.374-374v.

W dniu 12 kwietnia 2017 r. powód przekazał pozwanym teren i plac budowy. Obowiązki kierownika budowy przyjął inż. P. A., zaś inspektorem nadzoru inwestorskiego ustanowiono S. D. (1).

Okoliczność bezsporna , a ponadto **dowód:** protokoły przekazania terenu i placu budowy z dnia 12 kwietnia 2017 r. – k.276-279v.; oświadczenie inspektora nadzoru k.281

Przed przystąpieniem przez pozwanych do realizacji przedmiotu robót, na zlecenie powoda firma trzecia wykonała nakładki bitumiczne na drogach, w celu polepszenia stanu nawierzchni dróg. Nakładki wykonała firma trzecia, wyłoniona w drodze przetargu. Dodatkowo, wykonano wymianę gruntu w miejscach występowania przelomów, a ponadto przeprowadzono ścinę poboczy. Prace te miały także na celu odwodnienie dróg. Łaty z masy bitumicznej były widoczne na niektórych odcinkach dróg.

Dowód: umowa Nr TN. (...) -1-8/17 z dnia 10 lutego 2017 r. – k.903-904v.; protokół odbioru końcowego z dnia 30 marca 2017 r. – k.905; umowa z dnia 17 maja 2017 r. Nr TN. (...) -6/17 – k.906b-913v.; protokół odbioru końcowego z dnia 13 lipca 2017 r. – k.914-914v., kosztorys powykonawczy – k.915-916; wykaz robót – k.917-952; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100 ; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026; pisemne zeznania świadka M. J. – k.1035-1040; częściowo pisemne zeznania świadka P. A. – k.1050-1053

W trakcie wykonywania prac przez pozwanych inspektor nadzoru S. D. (1) wskazywał pozwanym na niewłaściwe wykonywanie robót w zakresie dotyczącym mieszania grysów, na odcinku drogi G. – Szuka stwierdzając ułożenie na pierwszej warstwie zmieszanych w składzie ok. 50%/50% grysów 8/11 i 2/5, zamiast 8/11. Także na drodze S. – J. pozwani mieszały grysy 2/5 i 5/8, zamiast użyć wyłącznie grysów 2/5 na warstwę górną. Były także zgłaszane zastrzeżenia co do oznakowania robót w sposób niezgodny z projektem organizacji ruchu na czas robót.

Dowód: wydruk wiadomości e-mail S. D. z dnia 24 lipca 2017 r. – k.1029, k.271; dokumentacja fotograficzna – k.1030-1033; pismo powoda z dnia 29 czerwca 2017 r. – k.272; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W dniu 23 sierpnia 2017 r. przedstawiciele powoda i pozwanych sporządzili i podpisali protokoły odbioru końcowego i przekazania do użytku inwestycji, potwierdzające wykonanie przez pozwanych przedmiotu umowy w obrębie poszczególnych zadań, tj. Zadania A, Zadania B, Zadania C i Zadania D.

Zgodnie z treścią tychże protokołów, roboty objęte wszystkimi zadaniami zostały wykonane w terminie od dnia 19 lipca 2017 r. do dnia 28 lipca 2017 r., zgodnie z zapisami dziennika budowy oraz zgodnie z umową z dnia 23 marca 2017 r. W wykonanej inwestycji nie stwierdzono żadnych wad.

Odbiór robót nastąpił zgodnie z zapisami (...)00.00.00 pkt 8.4, ppkt 8.4.1. i umową nr TN. (...)1/17 z dnia 23 marca 2017 r. i był bezusterkowy. Powód wypłacił pozwanym całość wynagrodzenia umownego w kwocie 762.784,50 zł brutto.

Dowód: protokoły odbioru końcowego z dnia 23 sierpnia 2017 r. – k.192-203; k.1161-1172; dokumentacja powykonawcza – k.204-215; dziennik budowy – k.216-260; oświadczenie kierownika budowy z dnia 28 lipca 2017 r. – k.262; pismo powoda z dnia 6 września 2017 r. – k.191; kosztorys powykonawczy – k.205; pozostała dokumentacja powykonawcza – k.206-215; opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107; pisemne zeznania świadka M. J. – k.1035-1040

Po wykonaniu przedmiotu robót przez pozwanych, w okresie gwarancji, w wyniku przeprowadzonych w dniu 6 czerwca 2018 r. oględzin stanu technicznego nawierzchni dróg ujawniono szereg wad i usterek w przedmiocie robót wykonanych przez pozwanych.

W zakresie zadania A, na odcinku:

- S. – przy zakładzie kotlarskim stwierdzono ubytek o polu kwadratu szer. 40 cm,
- S. – przy tablicy koniec S. stwierdzono ubytek o polu kwadratu szer. 70 cm,
- w okolicy nowego budynku bez numeru – po prawej stronie drogi stwierdzono ubytek o wym. 70 x 50 cm,
- S.: 50 m przed przystankiem autobusowym stwierdzono zbiór kilkunastu ubytków na pow. 9 m z 2,5 m,
- S.: ok. 400 m za przystankiem autobusowym, pop prawej stronie drogi stwierdzono ubytek o wym. 2 m x 60 cm.

W związku z powyższym, zalecono uzupełnienie ubytków i wykonanie powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami 2/5 na szer. 1/2 jezdni i dł. z zakładem 0,5 m z każdej strony uszkodzenia lub odcinka, na którym było skupisko uszkodzeń.

W obrębie skrzyżowania z (...) C. – S.-G. stwierdzono ubytki i złoty z prawej strony drogi DP 1830 o polu trójkąta o pow. 75 m kw (6x25):2 i zalecono usunięcie luźnego grysów, oczyszczenie nawierzchni, uzupełnienie ubytków, położenie dwukrotnie powierzchniowe, utrwalenie frakcją (1x5/8 i 1x2/5) od osi jezdni do prawej krawędzi.

Dowód: protokół z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. dot. robót objętych Zadaniem A – k.113-114v.; dokumentacja fotograficzna – k.115-118; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania

świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W zakresie zadania B, na odcinku:

- C.: na ostatnich 100 m odcinka stwierdzono ubytki podłużne (bruzdy) o dł. ok. 100 m w różnym umiejscowieniu,
- C.: przy figurce, na wysokości budynku z czerwoną elewacją stwierdzono ubytek o pow. 2m x 1 m, 3x ubytki przy wjeździe,
- C.: przy skrócie na drogę gminną (przy topolach) stwierdzono zbiór punktowych ubytków w obrębie zjazdów oraz podłużne bruzdy na odcinku ok. 200 m,
- C.: w obrębie skrzyżowania z drogą gminną o naw. bitumicznej stwierdzono złoty i spękania podłużne na długości 75 m w stronę R. i 75 m w stronę D.,
- C.: od skrzyżowania z drogą gruntową przed przystankiem do wjazdu na posesję koło przystanku stwierdzono złoty na dł. ok. 80-100 m,
- od przystanku w kierunku D. stwierdzono bruzdy na długości ok. 80 m,
- 100 m za przystankiem w kierunku D. stwierdzono wyluszczenia i bruzdy na długości ok. 50 m,
- D.: 300 m za tablicą miejscowości (na zakręcie) stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 80 m,
- przy skrzyżowaniu z drogą gminną koło figurki stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 80 m.

W związku z powyższym, w zaleceniach wskazano, że uszkodzenia mają charakter ciągły, tj. z lewej lub prawej strony jezdni lub na całej powierzchni na różnej długości na całym odcinku drogi. Zalecono naprawę uszkodzeń (ubytków) i położenie powierzchniowego utrwalenia na całej powierzchni, tj. na całej długości i szerokości drogi – (...) kw emulsją i grysami 2/5.

Dowód: protokół z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. dot. robót objętych Zadaniem B – k.124-124v.; dokumentacja fotograficzna – k.125-145; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W zakresie Zadania C, na odcinku:

- D.: skrzyżowanie z (...) S. – R. stwierdzono złoty na długości ok. 200 m w kierunku O.,
- D.: 100 m za skrzyżowaniem z (...) S. – R. stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 70 m,
- D.: 200 m za skrzyżowaniem z (...) S. – R. stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 300 m,
- D.: przed tablicą graniczną gm. Ś. stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 50 m ,
- S.: w obrębie skrzyżowanie z drogą gminną o nawierzchni bitumicznej stwierdzono zbiór pojedynczych ubytków na powierzchni 2 m x 1 m,
- 100 m za przystankiem autobusowym i skrzyżowaniem stwierdzono ubytki na długości ok. 10 m,
- na łuku drogi (...) m do tablicy miejscowości K. M. stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 300 m,
- 300 m za tablicą miejscowości K. M. stwierdzono złoty i bruzdy na długości ok. 50 m.

W związku z powyższym, w zaleceniach stwierdzono, że uszkodzenia te mają charakter ciągły, tj. z lewej lub prawej strony jezdni lub na całej powierzchni na różnej długości na całym odcinku drogi. Zalecono naprawę uszkodzeń (ubytków) i położenie powierzchniowego utrwalenia na całej powierzchni, tj. na całej długości i szerokości drogi – 17 663 m kw emulsją i grysami 2/5.

Dowód: protokół z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. dot. robót objętych Zadaniem C – k.151-151v.; dokumentacja fotograficzna – k.152-172; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W zakresie Zadania D, na odcinku:

- G.: w obrębie skrzyżowania z drogą gminną (tablica G. od 67 do 78) stwierdzono bruzdy o długości ok. 60 m, złuszczenie nawierzchni o pow. ok. 4 m x 2 m, 1 ubytek do remontu i zalecono remont tych budynków i położenie powierzchniowego utrwalenia na całej szerokości jezdni frakcją 2/5 na długości ok. 61 m, tj. z zakładem po 0,5 z każdej strony bruzdy;

- G.: na łuku drogi za skrzyżowaniem z drogą gminną jadąc od S. (pomiędzy zjazdami) stwierdzono złoty i bruzdy na długości 25 m, 2 x ubytki do remontu i zalecono remont tych ubytków i położenie powierzchniowego utrwalenia na całej szerokości jezdni frakcją 2/5 na długości pk. 26 m, tj. z zakładem po 0,5 m z każdej strony bruzdy.

Dowód: protokół z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. dot. robót objętych Zadaniem D – k.178-178v.; dokumentacja fotograficzna – k.179-180; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W związku ze stwierdzonymi wadami w zakresie poszczególnych zadań, wyznaczono pozwanym termin na ich usunięcie do dnia 16 lipca 2018 r. Pozwani nie uczestniczyli w przeglądach stanu technicznego przeprowadzonych w dniu 6 czerwca 2018 r., mimo poinformowania ich przez powoda o terminie przeprowadzenia przeglądów z wyprzedzeniem. Protokoły z przebiegu tychże przeglądów powód przekazał pozwanym jako załącznik do pisma z dnia 20 czerwca 2018 r. wskazując na określoną w przedmiotowych protokołach datę wykonania naprawy gwarancyjnej.

Pozwani uczestniczyli natomiast w przeglądach stanu technicznego dróg w dniu 3 czerwca 2019 r. (dot. Zadania D) oraz w dniu 18 czerwca 2019 r. (dot. Zadania A, B i C).

Okoliczność bezsporna, a ponadto **dowód:** protokoły z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.113-118; k.124-145; k.151-172; k.178-180; pismo powoda z dnia 17 maja 2018 r. wraz z dowodem doręczenia – k.119-121; wydruk wiadomości e-mail pozwanych wraz z pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. – k.122; pismo powoda z dnia 20 czerwca 2018 r. wraz z potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.110-111; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017

Pozwani nie usunęli wad w terminie wyznaczonym w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., tj. do dnia 16 lipca 2018 r. Wobec tego, pismem z dnia 17 lipca 2018 r. powód wezwał pozwanych do wskazania terminu usunięcia wad i zagroził zastosowaniem kar umownych, w oparciu o łączącą strony umowę z dnia 23 marca 2017 r.

Dowód: pismo powoda z dnia 17 lipca 2018 r. wraz z korespondencją e-maili i potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.106-109; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W późniejszym czasie pozwani podjęli próby usunięcia części stwierdzonych wad, jednakże działania pozwanych nie przyniosły rezultatu. Wady nie zostały usunięte. W rezultacie, powód ponownie wezwał pozwanych do niezwłocznego usunięcia wad, co uczynił w pismach z dnia 7 listopada 2018 r., a następnie z dnia 4 kwietnia 2019 r., jednakże bezskutecznie.

Dowód: pismo powoda z dnia 7 listopada 2018 r. wraz z e-mailem z dnia 8 listopada i potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.102-105; pismo powoda z dnia 4 kwietnia 2019 r. wraz z potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.100-101; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026; częściowo pisemne zeznania świadka M. J. – k.1035-1040; częściowo pisemne zeznania świadka P. L. – k.1045-1048; częściowo pisemne zeznania świadka P. A. – k.1050-1053

W piśmie z dnia 21 maja 2019 r. powód wyznaczył kolejny termin przeglądu dróg na dzień 18 czerwca 2019 r. W trakcie przeglądu stanu technicznego w ramach gwarancji dokonano ponownych oględzin dróg objętych Zadaniem A, B, C, w wyniku czego stwierdzono, że w dalszym ciągu występują wady ujawnione w trakcie pierwszego przeglądu gwarancyjnego z dnia 6 czerwca 2018 r., a ponadto, niezależnie od powyższego, powstały nowe wady w przedmiocie robót. W związku z tym, powód wyznaczył pozwanym kolejny termin na usunięcie wad, tj. do dnia 31 sierpnia 2019 r.

W dniu 3 czerwca 2019 r., w trakcie przeglądu gwarancyjnego dotyczącego zadania D stwierdzono, poza wcześniejszymi wadami, nowe wady, w związku z czym powód wyznaczył pozwanym termin na ich usunięcie do dnia 30 lipca 2019 r.

Dowód: pismo powoda z dnia 21 maja 2019 r. wraz z potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.98-99; protokoły przeglądu stanu technicznego z dnia 18 czerwca 2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.15-87; protokół przeglądu stanu technicznego z dnia 3 czerwca 2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.92-96; pismo powoda z dnia 3 lipca 2019 r. wraz z potwierdzeniem odbioru przez pozwanych – k.88-89; pismo powoda z dnia 10 czerwca 2019 r. – k.90; e-mail powoda z dnia 11 czerwca 2019 r. – k.91; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W piśmie z dnia 23 sierpnia 2019 r. pozwani zgłosili powodowi gotowość do odbioru robót poprawkowych z tym dniem, przy czym powód wyznaczył termin odbioru prac poprawkowych na dzień 10 września 2019 r. Prace poprawkowe wykonane przez pozwanych w 2019 roku nie zostały wykonane zgodnie z zaleceniami określonymi w protokołach z przeglądu stanu technicznego, wobec czego powód odmówił ich odbioru.

W dniu 3 czerwca 2020 r. wykonano ponownie przegląd stanu technicznego dróg objętych Zadaniem A, B, C i D, w wyniku którego stwierdzono, że ujawnione we wcześniejszych przeglądach wady nie zostały usunięte, a ponadto, że nastąpiła dalsza degradacja dróg. Z roku na rok na przeglądanych odcinkach dróg degradacja nawierzchni powierzchniowego utrwalenia powiększa się.

Dowód: protokoły z wykonania poprawek z dnia 17 września 2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.588-786; pismo powoda z dnia 25 maja 2020 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia pozwanym – k.498v.-499; pismo pozwanych z dnia 23 sierpnia 2019 r. – k.789; pismo powoda (bez daty) – k.787; protokoły przeglądu stanu technicznego z dnia 3 czerwca 2020 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.433-498; k.500-532v., k.534-555v.; protokoły z przeglądu stanu technicznego z dnia 18 czerwca 2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną – k.15-87; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

Przeglądy gwarancyjne (stanu technicznego) zostały przeprowadzone przez pełny skład komisji powoda, w którym znaleźli się pracownicy powoda i inspektor nadzoru.

Okoliczność bezsporna, a ponadto **dowód**: – protokoły z przeglądu stanu technicznego - k.113-118; k.124-145; k.151-172; k.178-180; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

Grubości istniejących warstw bitumicznych na odcinkach dróg stanowiących przedmiot robót pozwanych to od 4 cm do 9 cm (jako warstwy ścieralne), bez wymaganych zagęszczeń, bez zawartości wolnych przestrzeni, przy braku odporności na koleinowanie wody i mrozu, jak i braku szczepności międzywarstwowej. Brak odpowiedniej podbudowy pod względem doboru rodzaju i grubości materiału poniżej nawierzchni bitumicznej, jak i jej brak. Ze względu na słabe wyniki badań ugięć sprężystych, drogi nie kwalifikują się do żadnej kategorii ruchu.

Na drodze powiatowej nr (...) S. – J. pozwani ułożyli cztery warstwy powierzchniowego utrwalenia ze względu na nieprawidłowe ułożenie trzech warstw (mieszanie dwóch różnych frakcji grysów), przy czym pozwani samodzielnie podjęli decyzję w tej kwestii.

Dowód: wyniki badań Instytutu (...) wraz z załącznikami – k.831-842; normy PN – (...), PN- (...) -2, PN- (...) -1- k.843-868; 879-894v.; opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026; pisemne zeznania świadka M. J. – k.1035-1040; pisemne zeznania świadka P. L. – k.1045-1048; pisemne zeznania świadka P. A. – k.1050-1053

Konstrukcja spornych dróg jest nienośna, nie można jej kwalifikować według Katalogu Wzmocnień i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych opracowanego pod przewodnictwem prof. D. S., i jest ona nieprzystosowana do obciążeń, jakie są oczekiwane od dróg powiatowych, a duża ilość spękań zmęczeniowych, czy termicznych świadczy o utracie nośności nawierzchni. Spękania nawierzchni są następstwem braku nośności podbudowy.

Dowód: opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107

Związek pomiędzy degradacją powierzchniowego utrwalenia drogi a jakością wykonanych robót jest ścisły i wymaga odpowiedniego reżimu technologicznego podczas wykonywania robót, zastosowania odpowiednich materiałów oraz właściwie przygotowanego podłoża. Stan drogi przed wykonaniem powierzchniowego utrwalenia ma wpływ na okres wytrzymałości robót polegających na powierzchniowym utrwaleniu nawierzchni oraz na powstanie wad po położeniu powierzchniowego utrwalenia nawierzchni.

Dowód: opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107; pisemne zeznania świadka M. J. – k.1035-1040; pisemne zeznania świadka P. L. – k.1045-1048; pisemne zeznania świadka P. A. – k.1050-1053

Nie można jednoznacznie określić przyczyn powstawania stwierdzonych wad, w tym wypadania kruszywa. Przyczyną powstawania wad w przedmiocie robót wykonanych przez pozwanych jest najpewniej suma wszystkich następujących czynników:

- użycie materiałów niezgodnie z załączonymi dokumentami, w tym emulsji asfaltowej, tj. zastosowanie podczas robót innej emulsji asfaltowej, niż wskazana w (...) .05.03.08 pkt 2.2.1. i załączona w dokumentacji powykonawczej, tj. C69 BP3 PU,

- niestaranność wykonania doboru kruszyw jak w przypadku odcinka drogi w m. S. na długości ok. 400 mb ułożono warstwę I. (pierwszą) niezgodną z (...) (grysy 8/11 mm zmieszane z 2/5 mm w ilości 50%/50%),

- wykonywanie robót po opadach deszczu lub w innych niesprzyjających warunkach atmosferycznych,

- niestaranność wykonania wałowania poszczególnych warstw,

- niestaranność przygotowania konstrukcji wraz z podbudową do wykonania powierzchniowego utrwalenia nawierzchni,
- nieprawidłowa podbudowa lub jej brak,
- zaniżenia lub nieprawidłowe spadki poprzeczne nawierzchni,
- możliwość występowania zastoisk wody po opadach atmosferycznych na nawierzchni i przy jej krawędzi, a tym samym narażenie w okresie zimowym na zamarzanie i degradację szczelin,
- brak lub nieskuteczne odwodnienie nawierzchni,
- zimowe utrzymanie nawierzchni,
- uszkodzenia mechaniczne nawierzchni,
- postępujące spękania nawierzchni wynikające z niedostatecznej podbudowy lub/i niedostateczna ochrona nawierzchni bezpośrednio po wykonaniu robót,

Głównym elementem powstania wad mogą być:

- użyte materiały, w szczególności jakość zastosowanego lepiszcza szybkorozpadowego, jego przyczepność aktywna do kruszywa, kontynuacja robót, bez reżimu technologicznego, czyli przystąpienie do prac, gdy przyczepność aktywna kruszywa do dobranego lepiszcza (emulsji) określona wg PN-84/B- (...) będzie większa od 85%,
- sposób wykonania, w tym bieżąca kontrola urządzenia/maszyny i jej parametrów sprawdzających i kontrolnych, jak: temperatury rozkładanego lepiszcza, ciśnienia lepiszcza w kolektorze, obrotów pompy dozującej lepiszcze, prędkość poruszania się skraplarki (szczególnie dokładny pomiar i wskazanie w zakresie zwykle od 3 do 6 km/h) wg załączonej (...) maszyny do 4 km/h, wysokości i długości kolektora do rozkładania lepiszcza,
- sposób dogęszczania grysu, bezpośrednio po rozłożeniu kruszywa, ale nie później, niż po 5 minutach należy przystąpić do jego wałowania,
- przedział czasowy od wykonania do obciążenia ruchem.

Powyższe elementy stanowią o wpływie operatora kombajnu drogowego i operatora walca na jakość robót. Maszyna może prawidłowo dozować ilość, ale nie ma wpływu na rodzaj, jakość, temperaturę materiału wsadowego, prędkość jazdy, czy reżim technologiczny robót.

Dowód: opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107; pisemne wyjaśnienia biegłego do opinii z dnia 26 listopada 2021 r. – k.1150-1150v.; pisemne wyjaśnienia biegłego do opinii z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.); pismo firmy (...) sp. z o.o. z dnia 16 marca 2022 r. – k.1305-1305v.; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

Pozwani jako wykonawcy z wieloletnim doświadczeniem przed przystąpieniem do prac nie wnieśli żadnych zastrzeżeń, uwag, wątpliwości, etc. odnośnie realizacji poszczególnych zadań. Przeciwnie, zgodnie z treścią § 1 ust. 5 umowy potwierdzili, że przed podpisaniem niniejszej umowy, przy zachowaniu najwyższej staranności zapoznali się z przedmiarem robót oraz dokonali wizji lokalnej terenu budowy, a także poznali istniejący stan faktyczny. Tym samym, stan drogi nie był dla pozwanych (wykonawców) czynnikiem hamującym, czy uniemożliwiającym prawidłowe wykonanie umowy, nadto pozwani przedłużyli dodatkowo jeszcze okres gwarancyjny do 60 miesięcy, wydłużając go o 24 miesiące w stosunku do wymagań zamawiającego (powoda) określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pozwani także w trakcie wykonywania robót na poszczególnych odcinkach dróg nie zgłaszali

powodowi żadnych wątpliwości, ani zastrzeżeń odnośnie stanu nawierzchni lub co do innych okoliczności, które uniemożliwiałyby prawidłowe wykonanie zadania.

Okoliczność bezsporna , a ponadto **dowód:** umowa Nr TN. (...) -1/17 z dnia 23 marca 2017 r – k.288-295; protokoły z przekazania placu budowy – k.276-279v.; pisemne wyjaśnienia biegłego do opinii z dnia 26 listopada 2021 r. – k.1150-1150v.; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

Stwierdzone wady (uszkodzenia) nawierzchni mają charakter trwały, z możliwą tendencją postępowania skali zlotów kruszywa, tzn. ilość i zakres ubytków będzie postępować. Sposobem na naprawę, usunięcie wad może być powtórne wykonanie zabiegu powierzchniowego utrwalenia grysami w miejscach, gdzie zabieg ten nie przyniósł zakładanego skutku. Nie można jednak oczekiwać od powierzchniowego utrwalenia nawierzchni poprawy parametrów konstrukcji nośnej. Aby zastosowana metoda była skuteczna, należałoby doprowadzić całą konstrukcję nawierzchni wraz z podbudową do stanu wskazywanego w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 2016 r., poz. 124). Zabieg powierzchniowego utrwalenia nawierzchni istniejącej emulsją i grysami, jako zabieg utrzymaniowy, doraźny i tymczasowy nie jest zabiegiem skutecznym w dłuższej perspektywie czasu.

Dowód: opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. M. W. – k.1100-1107; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka P. L. – k.1045-1048; pisemne zeznania świadka P. A. – k.1050-1053

Koszt usunięcia wad powstałych w okresie gwarancyjnym w przedmiocie robót wykonanych przez pozwanych wynosi łącznie 285.023,28 zł, w tym koszt usunięcia wad powstałych w obrębie drogi objętej Zadaniem A to kwota rzędu 12.593,29 zł, w obrębie drogi objętej Zadaniem B to kwota rzędu 77.221,24 zł, w obrębie drogi objętej Zadaniem C to kwota rzędu 138.069,22 zł, zaś w obrębie drogi objętej Zadaniem D to kwota rzędu 57.139,53 zł.

Dowód: kosztorys inwestorski – k.418-432

Rocznie ewentualny wzrost wielkości ruchu na drogach stanowiących przedmiot robót pozwanych mógł stanowić maksymalnie 2%. Na drogach tych występuje zatem wyłącznie ruch lekki, wobec czego obciążenie ruchem lekkim nie mogło mieć i nie miało wpływu na wystąpienie stwierdzonych usterek lub na ewentualny przyspieszony okres dekapitalizacji wykonanych robót.

Dowód: pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017

Po zakończeniu przez pozwanych robót w dniu 23 sierpnia 2017 r. powód nie wykonywał ścinki poboczy i nie budował parkingów na przedmiotowych odcinkach dróg.

Dowód: pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka M. L. – k.997-100; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017; pisemne zeznania świadka S. D. (1) – k.1019-1026

W dniu 27 listopada 2019 r. wystawił pozwany notę księgową nr (...), na mocy której obciążył pozwanych karą umowną za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji, stwierdzonych protokołami przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r. w przedmiocie robót, na kwotę 762.784,50 zł. W treści noty powód wezwał pozwanych do zapłaty ww. kwoty w terminie 7 dni od daty otrzymania przedmiotowej noty księgowej. Kara umowna została pozwany naliczona za okres obejmujący 236 dni zwłoki, tj. od dnia 17 lipca 2018 r. do dnia 30 września 2018 r. i od dnia 1 maja 2019 r. do dnia 7 października 2019 r., z wyłączeniem tzw. okresu zimowego. Powód przedłożył pozwany przedmiotową notę wraz z pismem z dnia 27 listopada 2019 r. Pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. pozwani zakwestionowali zasadność obciążenia ich karą umowną i odmówili zapłaty. Wszystkie ujawnione dotąd wady pozostały nieusunięte.

Dowód: nota księgowa nr (...) – k.585v.; pismo powoda z dnia 27 listopada 2019 r. – k.585; pismo pozwanych z dnia 30 grudnia 2019 r. – k.583-584v.; pismo powoda z dnia 12 lutego 2020 r. – k.580-580v.; pisemne zeznania świadka M. B. – k.990-995; pisemne zeznania świadka C. G. – k.1003-1010; pisemne zeznania świadka K. Z. – k.1012-1017

W związku z nie usunięciem przez pozwanych wad ujawnionych w okresie gwarancyjnym w przedmiocie umowy nr (...) z dnia 23 marca 2017 r., w dniu 19 czerwca 2020 r. gwaranta – (...) S.A. w Ł. wypłacił powodowi kwotę 11.441,77 zł w związku z udzieloną gwarancją ubezpieczeniową.

Okoliczność bezsporna,

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o przedłożone przez strony dokumenty, których prawdziwość nie została zakwestionowana, opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa (...) (k.1100-1107) wraz z pisemnymi wyjaśnieniami do niej (k.1150-1150v., k.1292-1292v.) oraz w oparciu o pisemne zeznania świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), jak też po części w oparciu o pisemne zeznania świadków M. J., P. L. i P. A..

Za wiarygodne Sąd uznał dokumenty zgromadzone w sprawie, albowiem ich prawdziwość nie budziła wątpliwości i nie została skutecznie zakwestionowana przez strony. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie Sąd poczynił w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Dokumenty urzędowe po myśli art. 244 § 1 k.p.c. sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowiły dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.

Dokumenty prywatne stanowiły dowód tego, że osoba, która je podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.). Dokumenty te były jasne, kompletne i czytelne.

Sąd w całości dał wiarę zeznaniom świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), albowiem były one jasne, logiczne i wyczerpujące, a ponadto korespondowały z treścią innych dowodów przeprowadzonych w sprawie, w tym z dowodami z dokumentów oraz z opinią biegłego sądowego M. W. (k.1100-1107) i pisemnymi wyjaśnieniami do niej (k.1150-1150v.).

Świadkowie M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), w swych pisemnych zeznaniach potwierdzili w szczególności fakt wykonania przez firmę trzecią na zlecenie powoda, przed przystąpieniem przez pozwanych do realizacji przedmiotu robót, prac remontowych odcinków dróg stanowiących przedmiot umowy stron z dnia 23 marca 2017 r., mających na celu polepszenie stanu nawierzchni dróg, w tym poprzez położenie nakładek bitumicznych na drogach, wymianę gruntu w miejscach występowania przelomów oraz ścinę poboczy. Świadkowie ci wskazali również, że prace te miały także na celu odwodnienie dróg. Zeznania świadków w tym zakresie znajdują też częściowo potwierdzenie w pisemnych zeznaniach świadka M. J., który wskazał, że na niektórych odcinkach dróg były widoczne lokalne łaty z masy bitumicznej (k.1035). Także świadek P. A. w swych pisemnych zeznaniach wspominał o łatach bitumicznych. Poza tym, świadkowie M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1) potwierdzili fakt występowania wad w przedmiocie robót, opisanych szczegółowo w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r.; braku uczestnictwa pozwanych w przeglądzie stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., mimo powiadomienia ich przez powoda z wyprzedzeniem o terminie tegoż przeglądu; wyznaczenia pozwany terminu do usunięcia wad; przeprowadzenia przeglądów gwarancyjnych przez pełny skład komisji powoda z udziałem inspektora nadzoru; położenia przez pozwanych na drodze powiatowej nr (...) czterech warstw powierzchniowego utrwalenia ze względu na nieprawidłowe ułożenie trzech warstw (mieszanie dwóch różnych frakcji grysów) oraz nie wykonywania przez powoda ścin i poboczy i nie budowania parkingów po zakończeniu przez pozwanych robót w dniu 23 sierpnia 2017 r. na przedmiotowych odcinkach dróg. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie m.in. w korespondencji załączonej do akt sprawy, w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., w dokumentacji fotograficznej oraz w opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego, M. W. i w pisemnych wyjaśnieniach biegłego do tejże opinii.

Ponadto, świadkowie M. B., C. G., K. Z. i S. D. (1) potwierdzili fakt ponownego, kilkukrotnego wzywiania pozwanych do usunięcia wad, fakt przeprowadzenia przez pozwanych prac poprawkowych w sposób niezgodny z zaleceniami wskazanymi w protokołach z przeglądu stanu technicznego oraz fakt nieusunięcia przez pozwanych tychże wad do chwili obecnej, jak i fakt powstawania z biegiem czasu nowych wad i postępowania degradacji stanu nawierzchni dróg. Nadto, świadkowie M. B., C. G. i K. Z. zgodnie wskazali, że na drogach stanowiących przedmiot robót pozwanych występuje wyłącznie ruch lekki, wobec czego obciążenie ruchem lekkim nie mogło mieć i nie miało wpływu na wystąpienie stwierdzonych usterek lub na ewentualny przyspieszony okres dekapitalizacji wykonanych robót. Jak wynika z kolei z pisemnych zeznań świadka S. D. (1) (inspektora nadzoru) i przedłożonych przez niego dokumentów, w trakcie robót wykonywanych przez pozwanych, były zgłaszane zastrzeżenia odnośnie niewłaściwego mieszania grysów na odcinku drogi G. – Szuka, tj. co do ułożenia na pierwszej warstwie zmieszanych w składzie ok. 50%/50% grysów 8/11 i 2/5, zamiast 8/11 oraz co do zmieszania grysów 2/5 i 5/8, zamiast użycia wyłącznie grysów 2/5 na warstwę górną w obrębie drogi S. – J.. Poza tym, świadek D. potwierdził fakt zgłaszania zastrzeżeń co do oznakowania przez pozwanych robót w sposób niezgodny z projektem organizacji ruchu na czas robót, co znalazło odzwierciedlenie w dokumentacji załączonej do akt sprawy (k.1029-1033).

Pisemne zeznania świadków M. J., P. L. i P. A. podlegały uwzględnieniu w części, w jakiej pozostawały one w zgodzie z treścią pozostałych dowodów przeprowadzonych w sprawie, w tym ze złożonymi na piśmie zeznaniami świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), które to zeznania zostały ocenione jako wiarygodne w całości, jak również z dowodami z dokumentów oraz z treścią sporządzonej w sprawie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, M. W., co do których to dowodów Sąd nie miał żadnych zastrzeżeń, ani wątpliwości odnośnie ich wiarygodności, kompletności i miarodajności dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W ocenie Sądu, pominięciu podlegały pisemne zeznania świadka M. J. w zakresie, w jakim świadek ten wskazał, że powód wykonał ścinkę pobocza i parkingi po zakończeniu robót przez pozwanych oraz, że w trakcie realizacji umowy przez pozwanych powód nie zgłaszał zastrzeżeń odnośnie jakości wykonanych robót. Okoliczności te stoją bowiem w sprzeczności z treścią pozostałych dowodów przeprowadzonych w sprawie, w szczególności z zeznaniami świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), którzy jednoznacznie zaprzeczyli, by po zakończeniu prac przez pozwanych powód przeprowadzał prace wycinkowe w obrębie poboczy oraz budowę parkingów. Przeciwnie, jak wynika z zeznań ww. świadków, które były wiarygodne w całości, prace remontowe w zakresie dotyczącym odcinków dróg stanowiących przedmiot umowy stron z dnia 23 marca 2017 r., w tym m.in. wycinkę poboczy i wykonanie nakładek bitumicznych, powód przeprowadzał przed przystąpieniem przez pozwanych do realizacji wspomnianej umowy. Z kolei fakt zgłaszania przez powoda zastrzeżeń co do prawidłowości prac wykonywanych przez pozwanych na etapie realizacji poszczególnych zadań znajduje potwierdzenie w zeznaniach świadka S. D. (1) i w przedłożonych przez niego dokumentach zawartych na kartach numer 1029-1033 akt sprawy (korespondencja e-mail oraz dokumentacja fotograficzna).

Pisemne zeznania świadka P. L. Sąd pominął w części, w jakiej z zeznań tych wynikało, że powód zmusił pozwanych do wykonania czwartej warstwy powierzchniowego utrwalenia na drodze S. – J. oraz, że w czasie wykonywania prac przez pozwanych na drogach były zawyżone pobocza – nie było wykonanej ścinki poboczy, albowiem w ocenie Sądu okoliczności te pozostają w sprzeczności z treścią pozostałych dowodów przeprowadzonych w sprawie, w szczególności z zeznaniami świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), którzy zgodnie potwierdzili, że na drodze powiatowej nr (...) S. – J. pozwani ułożyli cztery warstwy powierzchniowego utrwalenia ze względu na nieprawidłowe ułożenie trzech warstw (mieszanie dwóch różnych frakcji grysów), przy czym jak wynika z treści zeznań ww. świadków, pozwani samodzielnie podjęli decyzję w tej kwestii. Tym samym, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż pozwani zostali „zmuszeni” przez powoda do położenia czwartej warstwy powierzchniowego utrwalenia. Natomiast, w kwestii dotyczącej braku wykonania ścinki poboczy przez powoda aktualne pozostają uwagi Sądu poczynione przy ocenie zeznań świadka M. J..

Pisemne zeznania świadka P. A. nie zasługiwały na wiarę w części, w jakiej świadek ten podał, że powód zapewniał, iż wykona rowy i ścinkę poboczy niezwłocznie po wykonaniu przez pozwanych utrwalenia powierzchniowego; że w momencie zakończenia robót przez pozwanych nie było wykonanej ścinki poboczy umożliwiającej prawidłowe

odwodnienie nawierzchni; że cały proces technologiczny przebiegał zgodnie ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi ((...)); że uszkodzenia mechaniczne nawierzchni powierzchniowego utrwalenia dróg powstały na skutek wykonania ścinki pobocza przez powoda oraz wskutek prac budowlanych dotyczących parkingów; że powód w trakcie wykonywania prac przez pozwanych nie zgłaszał zastrzeżeń co do ich jakości oraz, że pozwani wykonali prace poprawkowe zgodnie ze sztuką i zaleceniami z protokołów przeglądu stanu technicznego. Zdaniem Sądu, okoliczności te pozostają w sprzeczności z treścią pozostałych dowodów przeprowadzonych w sprawie, w szczególności z dowodami z dokumentów, z ustaleniami i wnioskami opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa M. W. i z pisemnymi wyjaśnieniami do niej, a także z zeznaniami świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), z których jednoznacznie wynika, że w zakresie dotyczącym odcinków dróg stanowiących przedmiot umowy stron z dnia 23 marca 2017 r., w tym m.in. wycinkę poboczy i wykonanie nakładek bitumicznych, powód przeprowadzał przed przystąpieniem przez pozwanych do realizacji wspomnianej umowy. Wobec tego powód, wbrew zeznaniom świadka P. A., nie mógł zapewniać, iż wykona rowy i ścinkę poboczy niezwłocznie po wykonaniu przez pozwanych utrwalenia powierzchniowego, skoro prace w tym zakresie powód przeprowadził już wcześniej, tj. przed przystąpieniem pozwanych do realizacji przedmiotu umowy z dnia 23 marca 2017 r. Z tych samych względów, brak było jakichkolwiek racjonalnych podstaw do wykonania ścinki poboczy w momencie zakończenia robót przez pozwanych, skoro prace te zostały już uprzednio wykonane. Z kolei okoliczność, wg której cały proces technologiczny przebiegał zgodnie ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi ((...)) nie znajduje potwierdzenia w świetle treści omówionych powyżej zeznań świadka S. D. (1) (inspektora nadzoru) i przedłożonych przez niego dokumentów, jak również w świetle ustaleń i wniosków opinii biegłego M. W. wraz z pisemnymi wyjaśnieniami z dnia 26 listopada 2021 r. (k.1150-1150v.) i z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.), z których wynika m.in., że pozwani niestarannie dokonali doboru kruszyw, jak w przypadku odcinka drogi w miejscowości S. - na długości ok. 400 mb ułożono warstwę I-wszą niezgodną z (...) (grysy 8/11 mm zmieszane z 2/5 mm w ilości 50%/50% oraz niestarannie wykonali wałowanie poszczególnych warstw, jak również, że głównym elementem powstania wad mogą być zastosowane materiały oraz sposób prowadzenia robót, w tym zastosowanie lepiszcza szybkorozpadowego, jego przyczepność aktywna do kruszywa, czy kontynuacja robót bez reżimu technologicznego, czyli przystąpienie do prac, gdy przyczepność aktywna kruszywa do dobranego lepiszcza (emulsji) określona wg PN-84/B- (...) będzie większa od 85%. W pozostałym zakresie aktualne pozostają rozważania Sądu poczynione przy ocenie zeznań świadków M. J. i P. L..

Sąd w całości podzielił ustalenia i wnioski pisemnej opinii biegłego sądowego z dziedziny budownictwa drogowego, inż. M. W. (opinia - k.1100-1107) wraz z pisemnymi wyjaśnieniami biegłego z dnia 26 listopada 2021 r. (k.1150-1150v.) i z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.), albowiem były one jasne, konkretne i logiczne oraz w sposób wyczerpujący udzieliły odpowiedzi na pytania sformułowane w tezie dowodowej postanowienia Sądu z dnia 12 marca 2021 r. (k.1073v.). Nadto, żadna ze stron nie zakwestionowała skutecznie treści przedmiotowej opinii biegłego. Szczegółowa analiza prawna tego dowodu zostanie przedstawiona w rozważaniach prawnych sensu stricto niniejszego uzasadnienia.

Postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 lipca 2022 r. (k.1330) Sąd na podstawie art. 235² § 1 pkt 2 i 5 k.p.c. oddalił wniosek dowodowy powoda o zobowiązanie pozwanego do okazania oryginałów wydruków z maszyny do powierzchniowego utwardzania dróg oraz na mocy art. 235² § 1 pkt 2 i 5 k.p.c. oddalił wniosek dowodowy pozwanego o ponowne przesłuchanie świadków bezpośrednio przed Sądem, albowiem w ocenie Sądu wszystkie okoliczności sporne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały dostatecznie wyjaśnione w oparciu o zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy, w stopniu wystarczającym dla wydania wyroku, zaś wnioskowane dowody były nieprzydatne dla rozstrzygnięcia i zmierzały wyłącznie do przedłużenia postępowania w sprawie. Poza tym, w świetle treści pisemnych wyjaśnień biegłego sądowego z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.), zapisane dane [„raport końcowy” (12 szt.) i (...) maszyny użytej do wykonania zadań] pokazujące użycie materiału, czy wykonanych powierzchni nie zawierają wszystkich parametrów, jakie miały wpływ na jakość wykonanych robót i nie dają odpowiedzi co do jakości wykonanych prac, jak np. prędkość jazdy roboczej.

W piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2022 r. (k.1303-1304) powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu – pisma (...) sp. z o.o. z dnia 16 marca 2022 r. (dokument załączony do przedmiotowego pisma procesowego –

k.1305-1305v.) – na okoliczność faktu możliwości kasowania danych urzędzenia, wskazywania w wydruku końcowym zadanych parametrów pracy – tj. na podstawie danych wpisanych przed przystąpieniem do robót, a nie rzeczywistych danych związanych z wykonanymi pracami. W związku z powyższym, powód wskazał, że w przypadku dopuszczenia ww. dowodu cofa wnioski zawarty w piśmie procesowym z dnia 18 lutego 2022 r. o zwrócenie się przez Sąd do (...) S.A. w S. oraz (...) sp. z o.o. w S. o udzielenie informacji, a także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego informatyka, gdyż po pierwsze żądane informacje zostały udzielone, po drugie powołanie biegłego informatyka może okazać się bezcelowe z uwagi na łatwość kasowania danych i ich manipulacje. Wobec przeprowadzenia dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, w tym z pisma (...) sp. z o.o. z dnia 16 marca 2022 r. (k.1305-1305v.), Sąd uznał za skuteczne cofnięcie przez powoda ww. wniosków dowodowych.

Przedmiot sporu sprowadzał się w zasadzie do oceny, czy powodowi należy się od pozwanych zapłata kwoty dochodzonej pozwem w wysokości 751.342,73 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2019 r. do dnia zapłaty tytułem kary umownej za nieusunięcie wad ujawnionych w okresie gwarancyjnym w przedmiocie robót budowlanych przeprowadzonych przez pozwanych na podstawie umowy stron Nr TN- (...) z dnia 23 marca 2017 r. w ramach Inwestycji pn.: „Wykonanie Powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami”, a objętych Zadaniem A, B, C i D, dotyczącymi czterech odcinków dróg o łącznej długości 11.770 km i powierzchni 62.015 m kw, w tym: 1) Zadanie A – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – J.; 2) Zadanie B – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R.; 3) Zadanie C – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D.; 4) Zadanie D – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S.. W związku z tym rozważeniu podlegała m.in. kwestia, czy jakość robót wykonanych przez pozwanych jest prawidłowa, w szczególności, czy pozwani wykonali przedmiotowe roboty w sposób zgodny z umową, ze sztuką budowlaną i ze specyfikacjami technicznymi; jakie są przyczyny wad stwierdzonych w ww. drogach podczas oględzin w okresie gwarancyjnym; jaki winien być sposób usunięcia wad, w tym jaką metodę naprawy należy obrać w celu usunięcia wad, adekwatną do warunków terenowych pod powierzchniowym utrwaleniem jezdni; jakie są przyczyny degradacji powierzchniowego utrwalenia dróg, w tym czy powód mógł przyczynić się do tejże degradacji; jaki jest zakres ubytków; czy istnieje związek pomiędzy degradacją powierzchniowego utrwalenia drogi a jakością robót wykonanych przez pozwanych. Poza tym, z uwagi na charakter zarzutów podniesionych przez pozwanych, należało przesądzić, czy dochodzona pozwem kara umowna za nieusunięcie wad została zastrzeżona w § 9 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2. lit. a) tiret drugi umowy w sposób ważny i skuteczny oraz, czy pozwani zasadnie domagali się miarkowania tejże kary z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Jednocześnie, ocenie podlegała kwestia, czy powód zasadnie dochodzi upoważnienia go do wykonania solidarnie na koszt pozwanych czynności polegających na usunięciu wad powstałych w okresie gwarancyjnym i opisanych w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., w protokole z dnia 3 czerwca 2019 r., w protokołach z dnia 18 czerwca 2019 r. i z dnia 3 czerwca, ujawnionych na wymienionych wyżej drogach powiatowych.

I. Powództwo o zasądzenie było uzasadnione w części, tj. co do kwoty 141.115,13 zł.

W ocenie Sądu, z szeregu dowodów przeprowadzonych w sprawie, w tym z dokumentów, ze sporządzonej w sprawie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego, inż. M. W., z pisemnych wyjaśnień do tejże opinii z dnia 26 listopada 2021 r. (k.1150-1150v.) i z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.), jak również z pisemnych zeznań świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), jak też po części z pisemnych zeznań świadków M. J., P. L. i P. A. wynika, że żądanie zawarte w pkt 1. petitum pozwu, dotyczące zapłaty kary umownej za nieusunięcie przez pozwanych wad ujawnionych w okresie gwarancyjnym w przedmiocie robót budowlanych przeprowadzonych przez pozwanych na podstawie umowy stron Nr TN- (...) z dnia 23 marca 2017 r. w ramach Inwestycji pn.: „Wykonanie Powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami”, a objętych Zadaniem A, B, C i D, dotyczącymi czterech odcinków dróg o łącznej długości 11.770 km i powierzchni 62.015 m kw, w tym: 1) Zadanie A – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – J.; 2) Zadanie B – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) S. – R. odcinek D. – R.; 3) Zadanie C – wykonanie powierzchniowego utrwalania emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D.; 4) Zadanie D – wykonanie

powierzchniowego utrwalenia emulsją i grysami na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S., było uzasadnione jedynie częściowo, tj. co do kwoty 141.115,13 zł, stanowiącej 20 % kary umownej wyliczonej przez powoda, tj. 20% z kwoty 762.784,50 zł, pomniejszonej o kwotę wypłaconą powodowi z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 11.441,77 zł (zgodnie z wyliczeniem: $762.784,50 \text{ zł} \times 20\% = 152.556,9 \text{ zł}$; $152.556,9 \text{ zł} - 11.441,77 \text{ zł} = 141.115,13 \text{ zł}$).

W związku z powyższym, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z treścią § 7 ust. 1 umowy stron Nr TN- (...) z dnia 23 marca 2017 r., wykonawcy (pозwani) udzielili powodowi 60 miesięcy gwarancji na zrealizowany przedmiot umowy, liczonej od dnia odbioru końcowego, który w okolicznościach niniejszej sprawy nastąpił w dniu 23 sierpnia 2017 r. Poza tym, pozwani oświadczyli, że jako wykonawcy ponoszą wobec powoda (zamawiającego) odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy przez okres 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego (§ 7 ust. 1 umowy). W związku z tym, powód zobligowany był do powiadomienia pozwanych o wszelkich ujawnionych usterkach w terminie 10 dni od dnia ich ujawnienia (§ 7 ust. 2 umowy). Pozwani zobowiązani byli natomiast do usunięcia usterek w terminach uzgodnionych z powodem (§ 7 ust. 3 umowy). Strony zastrzegły również prawo do naliczania kar umownych za nieterminowe lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy (§ 9 ust. 1 pkt 1.1. umowy), przy czym pozwani jako wykonawcy, na mocy § 9 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2. lit. a) tiret drugi umowy zobowiązali się do zapłaty na rzecz powoda kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 11 pkt 1 umowy za każdy dzień zwłoki, tj. 0,5% z kwoty 762.784,50 zł brutto za każdy dzień zwłoki. Termin zwłoki, zgodnie z umową liczyć należało od dnia następnego po terminie ustalonym na usunięcie wad (§ 9 ust. 1.2. umowy). Termin zapłaty kary umownej wynosił 14 dni od dnia doręczenia stronie wezwania do zapłaty (§ 9 ust. 1 pkt 1.3. umowy).

Wobec powyższego, nadmienić trzeba, iż sam fakt wystąpienia w okresie gwarancyjnym, wad i usterek na odcinkach dróg powiatowych stanowiących przedmiot robót pozwanych oraz ich rodzaj co do zasady nie był między stronami sporny. Co więcej, fakt wystąpienia szeregu wad na wskazanych odcinkach dróg wynika przede wszystkim wprost z treści zawartych w aktach sprawy protokołów z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., z protokołu z dnia 3 czerwca 2019 r., z protokołów z dnia 18 czerwca 2019 r. i z dnia 3 czerwca 2020 r., a także ze złożonych w sprawie pisemnych zeznań świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1), którym Sąd przyznał walor wiarygodności i mocy dowodowej w całości. Sporne pozostawały natomiast przyczyny ich powstania, w tym kwestia, czy pozwani wykonali przedmiotowe roboty prawidłowo pod względem jakościowym, czy powód w jakimś stopniu mógł przyczynić się do powstania tychże wad oraz, czy pozwani wykonali prace poprawkowe należyście, tj. zgodnie z zaleceniami zawartymi w ww. protokołach z przeglądu stanu technicznego. Rozstrzygającym dowodem w sprawie była opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego, inż. M. W. wraz z pisemnymi wyjaśnieniami do niej z dnia 26 listopada 2021 r. (k.1150-1151v.) i z dnia 4 marca 2022 r. (k.1292-1292v.). Biegły stanowczo wskazał w opinii głównej i w pisemnych wyjaśnieniach do niej przede wszystkim, że ze względu na słabe wyniki badań ugięć sprężystych, drogi nie kwalifikują się do żadnej kategorii ruchu (grubości istniejących warstw bitumicznych na odcinkach dróg stanowiących przedmiot robót pozwanych to od 4 cm do 9 cm - jako warstwy ścieralne, bez wymaganych zagęszczeń, bez zawartości wolnych przestrzeni, przy braku odporności na koleinowanie wody i mrozu, jak i braku szczepności międzywarstwowej). Jako najbardziej pewne przyczyny powstawania wad w przedmiocie robót wykonanych przez pozwanych biegły podał sumę jest wszystkich następujących czynników:

- użycie materiałów niezgodnie z załączonymi dokumentami, w tym emulsji asfaltowej, tj. zastosowanie podczas robót innej emulsji asfaltowej, niż wskazana w (...) 05.03.08 pkt 2.2.1. i załączona w dokumentacji powykonawczej, tj. C69 BP3 PU,
- niestaranność wykonania doboru kruszyw jak w przypadku odcinka drogi w m. S. na długości ok. 400 mb ułożono warstwę I. (pierwszą) niezgodną z (...) (grysy 8/11 mm zmieszane z 2/5 mm w ilości 50%/50%),
- wykonywanie robót po opadach deszczu lub w innych niesprzyjających warunkach atmosferycznych,
- niestaranność wykonania wałowania poszczególnych warstw,

- niestaranność przygotowania konstrukcji wraz z podbudową do wykonania powierzchniowego utwardzenia nawierzchni,
- nieprawidłowa podbudowa lub jej brak,
- zaniżenia lub nieprawidłowe spadki poprzeczne nawierzchni,
- możliwość występowania zastoisk wody po opadach atmosferycznych na nawierzchni i przy jej krawędzi, a tym samym narażenie w okresie zimowym na zamarzanie i degradację szczelin,
- brak lub nieskuteczne odwodnienie nawierzchni,
- zimowe utrzymanie nawierzchni,
- uszkodzenia mechaniczne nawierzchni,
- postępujące spękania nawierzchni wynikające z niedostatecznej podbudowy lub/i niedostateczna ochrona nawierzchni bezpośrednio po wykonaniu robót.

Biegły zaznaczył przy tym, że głównym elementem powstania wad mogą być:

- użyte materiały, w szczególności jakość zastosowanego lepiszcza szybkorozpadowego, jego przyczepność aktywna do kruszywa, kontynuacja robót, bez reżimu technologicznego, czyli przystąpienie do prac, gdy przyczepność aktywna kruszywa do dobranego lepiszcza (emulsji) określona wg PN-84/B- (...) będzie większa od 85%,
- sposób wykonania, w tym bieżąca kontrola urządzenia/maszyny i jej parametrów sprawdzających i kontrolnych, jak: temperatury rozkładanego lepiszcza, ciśnienia lepiszcza w kolektorze, obrotów pompy dozującej lepiszcze, prędkość poruszania się skraparki (szczególnie dokładny pomiar i wskazanie w zakresie zwykle od 3 do 6 km/h) wg załączonej (...) maszyny do 4 km/h, wysokości i długości kolektora do rozkładania lepiszcza,
- sposób dogęszczania grys, bezpośrednio po rozłożeniu kruszywa, ale nie później, niż po 5 minutach należy przystąpić do jego wałowania,
- przedział czasowy od wykonania do obciążenia ruchem.

Zdaniem biegłego, powyższe elementy stanowią o wpływie operatora kombajnu drogowego i operatora walca na jakość robót. Maszyna może prawidłowo dozować ilość, ale nie ma wpływu na rodzaj, jakość, temperaturę materiału wsadowego, prędkość jazdy, czy reżim technologiczny robót.

Z powyższego wynika zatem, że zasadnicze przyczyny powstania wad leżą po stronie pozwanych i wykazują oczywisty związek z przeprowadzonymi przez nich robotami budowlanymi. To bowiem pozwani odpowiadają za prawidłowy, zgodny z umową i specyfikacją techniczną dobór materiałów i ich użycie, w tym za staranność w doborze kruszyw, m.in. za jakość zastosowanego lepiszcza szybkorozpadowego i jego przyczepność aktywną do kruszywa; za decyzję, w jakich warunkach atmosferycznych wykonują roboty, w tym czy należało przerwać roboty do czasu poprawy tych warunków; za staranność wykonania prac, w tym w zakresie wałowania poszczególnych warstw; za ochronę nawierzchni bezpośrednio po dokonaniu robót; za kontynuację robót bez reżimu technologicznego; za sposób wykonania, w tym bieżącą kontrolę urządzenia/maszyny i jej parametrów sprawdzających i kontrolnych, jak: temperatury rozkładanego lepiszcza, ciśnienia lepiszcza w kolektorze, obrotów pompy dozującej lepiszcze, prędkość poruszania się skraparki (szczególnie dokładny pomiar i wskazanie w zakresie zwykle od 3 do 6 km/h) wg załączonej (...) maszyny do 4 km/h, wysokości i długości kolektora do rozkładania lepiszcza; sposób dogęszczania grys. Co również istotne, z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika również, że na drodze powiatowej nr (...) S. – J. pozwani ułożyli cztery warstwy powierzchniowego utwardzenia ze względu na nieprawidłowe ułożenie trzech warstw (mieszanie dwóch różnych frakcji grys), przy czym pozwani samodzielnie podjęli decyzję w tej kwestii. Okoliczność ta jednoznacznie

potwierdza fakt nienależytego wykonywania prac przez pozwanych. Ponadto, w oparciu o dowód z opinii biegłego sądowego, jak i z pisemnych zeznań świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1) ustalono, że stwierdzone wady (uszkodzenia) nawierzchni mają charakter trwałe, z możliwą tendencją postępowania skali złożeń kruszywa, tzn. ilość i zakres ubytków będzie postępować. Zgodnie z treścią opinii biegłego, sposobem na naprawę, usunięcie wad może być powtórne wykonanie zabiegu powierzchniowego utwardzenia grysami w miejscach, gdzie zabieg ten nie przyniósł zakładanego skutku, przy czym aby zastosowana metoda była skuteczna, należałoby doprowadzić całą konstrukcję nawierzchni wraz z podbudową do stanu wskazywanego w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 2016 r., poz. 124), sam zaś zabieg powierzchniowego utwardzenia nawierzchni istniejącej emulsją i grysami, jako zabieg utrzymawczy, doraźny i tymczasowy nie jest zabiegiem skutecznym w dłuższej perspektywie czasu.

P. wyżej wniosków i ustaleń opinii biegłego pozwani nie zdołali skutecznie zakwestionować. Sporządzona w sprawie opinia jest bowiem jasna, rzeczowa, kompletna i nie budzi żadnych wątpliwości Sądu co do poprawności sformułowanych w niej wniosków i twierdzeń, a nadto znajduje oparcie w treści dowodów z dokumentów, w tym w protokołach z przeglądu stanu technicznego, w dokumentacji fotograficznej oraz w zeznaniach świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1).

Zarazem, istotne w sprawie jest to, iż pozwani przed przystąpieniem do realizacji prac, w treści § 1 ust. 5 umowy o roboty budowlane Nr TN- (...) z dnia 23 marca 2017 r. oświadczyli, że przed podpisaniem niniejszej umowy, przy zachowaniu najwyższej staranności zapoznali się z przedmiarem robót oraz dokonali wizji lokalnej terenu budowy, a także poznali istniejący stan faktyczny. Fakt ten jednoznacznie potwierdza zatem, że stan dróg istniejący w chwili zawarcia umowy, a następnie w chwili rozpoczęcia robót przez pozwanych nie stanowił przeszkody do prawidłowego wykonania umowy, zważywszy tym bardziej na okoliczność wydłużenia przez pozwanych okresu gwarancyjnego do 60 miesięcy, tj. o 24 miesiące względem wymagań zamawiającego (powoda) określonych w SIWZ, na co trafnie zwrócił uwagę biegły w piśmie z dnia 26 listopada 2021 r. (k.1150-115v.). W tym stanie rzeczy, nawet w razie uznania, że za niektóre z przyczyn powstania wad, a związane głównie ze stanem podbudowy dróg, odpowiada powód, to w ocenie Sądu wszystkie powołane wyżej okoliczności, w tym zwłaszcza fakt potwierdzenia przez pozwanych jako profesjonalistów, że stan dróg istniejący w chwili zawarcia umowy z powodem był im znany, jak i to, że pozwani nie wnieśli w tym zakresie żadnych zastrzeżeń zarówno przed przystąpieniem do prac, jak i na etapie ich wykonywania, przesądza o braku możliwości przypisania powodowi odpowiedzialności za przyczynienie się do powstania wad na przedmiotowych odcinakach dróg.

W okolicznościach niniejszej sprawy strony łączyła umowa o roboty budowlane Nr TN- (...) z dnia 23 marca 2017 r., na mocy której pozwani jako wykonawcy, z mocy art. 647 k.c. zobowiązali się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a powód jako inwestor zobowiązał 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.

W świetle całokształtu dowodów i okoliczności sprawy oraz powyższych rozważań brak jest wątpliwości co do tego, że pozwani nie wykonali swojego zobowiązania zgodnie z umową, z przyczyn, za które ponoszą odpowiedzialność. Zgodnie z § 7 ust. 1 umowy, pozwani udzielili powodowi 60 miesięcy gwarancji na zrealizowany przedmiot umowy, liczonej od dnia odbioru końcowego, jak również oświadczyli, że ponoszą odpowiedzialność wobec zamawiającego (powoda) z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy przez okres 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego. Zarazem, z mocy ust. 3 ww. § 7 umowy, pozwani jako wykonawcy zobowiązali się usunąć usterki w terminach uzgodnionych z powodem (zamawiającym). Odbiór końcowy robót pozwanych nastąpił w dniu 23 sierpnia 2017 r., zaś pierwsze wady zostały ujawnione w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., a zatem w okresie gwarancyjnym i w okresie rękojmi. Pozwani przedmiotowych wad nie usunęli – prowadzone przez pozwanych prace poprawkowe nie zostały zrealizowane zgodnie z zaleceniami zawartymi w protokołach z przeglądów stanu technicznego dróg i ostatecznie nie doprowadziły do usunięcia wad, co jednoznacznie wynika z materiału dowodowego sprawy, w tym z dowodów z dokumentów w postaci poszczególnych protokołów z przeglądów

gwarancyjnych, z korespondencji stron, czy z dokumentacji fotograficznej, jak również ze sporządzonej w sprawie opinii biegłego i pisemnych wyjaśnień do niej, a nadto z pisemnych zeznań świadków M. B., M. L., C. G., K. Z. i S. D. (1). Powyższy materiał dowodowy potwierdza także fakt postępującej wciąż degradacji dróg i powstawania nowych wad w przedmiocie robót wykonanych przez pozwanych. W tym stanie rzeczy, odpowiedzialność gwarancyjna pozwanych oraz odpowiedzialność pozwanych z tytułu rękojmi bez wątpienia zaktualizowała się. W myśl dyspozycji art. 577 § 1 k.c., udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu. Oświadczenie gwarancyjne może zostać złożone w reklamie. Obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług (art. 577 § 2 k.c.). Jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym (art. 577 § 3 k.c.). Jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana (art. 577 § 4 k.c.). Jak wskazuje się w orzecznictwie sądowym, istota odpowiedzialności gwarancyjnej polega właśnie na jej uruchomieniu w razie wystąpienia wad tkwiących w oddanej rzeczy (wykonanych robotach budowlanych) po jej wydaniu (po oddaniu robót) - por. art. 577 i 578 k.c. (tak m.in. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 23 października 2007 r., sygn. akt I ACa 807/07, Lex nr 1422344). Okoliczność, że ustawodawca nie przewidział gwarancji w innych typach umów, zwłaszcza przy umowie o roboty budowlane oraz umowie o dzieło, nie stoi na przeszkodzie udzieleniu gwarancji przez wykonawców robót lub przyjmujących zamówienia, na ogólnej zasadzie swobody umów. Gwarancja jakości robót jest pisemnym zapewnieniem wykonawcy co do jakości wykonanych robót budowlanych. Stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być, co do zasady, określona swobodnie. Gwarancja jest udzielana dobrowolnie, a jej treść formułuje gwarant. Może być jednak wynikiem negocjacji między stronami, tak że zamawiający może, w zależności od pozycji kontraktowej, w sposób istotny wpłynąć na treść swoich uprawnień i obowiązków wykonawcy. Wobec dyspozycyjności przepisów w tym zakresie strony mogą w sposób dowolny ją ukształtować. Podstawowym źródłem co do zakresu i treści obowiązku gwaranta jest umowa lub dokument gwarancyjny, jeśli go wystawiono (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 marca 2018 r., sygn. akt I AGa 55/18, Lex nr 2571683).

Z kolei z mocy art. 656 § 1 k.c., do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Mowa tu w szczególności o regulacji art. 638 § 1 zd. 1 k.c., zgodnie z którym do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. I tak w świetle art. 556 k.c., sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną (rękojmią). Wada fizyczna polega na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową. W szczególności rzecz sprzedana jest niezgodna z umową, jeżeli: 1) nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia; 2) nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór; 3) nie nadaje się do celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia; 4) została kupującemu wydana w stanie niepełnym (art. 556¹ § 1 k.c.). Jeżeli rzecz sprzedana ma wadę, kupujący może żądać wymiany rzeczy na wolną od wad albo usunięcia wady (art. 561 § 1 k.c.). Sprzedawca jest obowiązany wymienić rzecz wadliwą na wolną od wad lub usunąć wadę w rozsądnym czasie bez nadmiernych niedogodności dla kupującego (art. 561 § 2 k.c.).

W związku z powyższym podkreślenia wymaga, iż na mocy postanowienia § 9 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2. tiret drugi umowy o roboty budowlane z dnia 23 marca 2017 r. pozwani jako wykonawcy zobowiązali się do zapłaty na rzecz powoda jako zamawiającego kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,5% wynagrodzenia określonego w § 11 pkt 1 umowy za każdy dzień zwłoki, przy czym termin zwłoki liczony miał być od następnego dnia od terminu ustalonego na usunięcie wad. W ocenie Sądu, tak sformułowane zastrzeżenie kary umownej, wbrew zarzutom pozwanych, pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 483

k.c., a w konsekwencji jest ważne i skuteczne. W myśl powołanego przepisu ustawy, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przede wszystkim, zauważyć należy, iż zawarta w ww. postanowieniu umownym konstrukcja prawna kary umownej jest typowa i nie odbiega od konstrukcji prawnej kar umownych stosowanych w innych umowach, w tym w umowach o roboty budowlane, spotykanych w obrocie gospodarczym. Po drugie, wbrew stanowisku skarżących, z treści analizowanego postanowienia umownego z łatwością można wysnuć wniosek, iż końcem przewidzianego w nim okresu naliczania kary umownej za zwłokę jest dzień usunięcia wad, czy to przez pozwanych, czy przez wykonawcę zastępczego.

Okres, za jaki powód naliczył pozwanym karę umowną to dni od 17 lipca 2018 r. do 30 września 2018 r. i od 1 maja 2019 r. do 7 października 2019 r., łącznie 236 dni zwłoki (z wyłączeniem tzw. okresu zimowego). Okres ten nie budził zastrzeżeń Sądu w świetle dowodów i okoliczności sprawy, w tym również w kontekście regulacji przytoczonego wyżej § 9 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2. lit. a) tiret drugi umowy. Pierwszy termin wyznaczony pozwanym do usunięcia wad określony został bowiem na dzień 16 lipca 2018 r. Pozwani nie usunęli wad w tym terminie, wobec czego powód słusznie przyjął dzień następnny, tj. dzień 17 lipca 2018 r. jako termin początkowy naliczania kary umownej. Jako, że pozwani nie usunęli wad do chwili wniesienia pozwu, a w istocie i do chwili obecnej, powód zasadnie więc naliczał karę umowną w dalszym ciągu, do czego był uprawniony w świetle łączącej strony umowy, przy czym naliczona przez powoda kara umowna nie obejmowała tzw. okresu zimowego. Okres od dnia 17 lipca 2018 r. do 30 września 2018 r. to w sumie 76 dni, natomiast okres od dnia 1 maja 2019 r. do 7 października 2019 r. to w sumie 160 dni, co łącznie daje 236 dni zwłoki i naliczonej kary umownej za tę zwłokę. Wobec tego, że na podstawie § 11 ust. 1 umowy wynagrodzenie należne pozwanym za wykonanie przedmiotu umowy określono na kwotę 762.784,50 zł brutto, powód obliczył karę umowną w następujący sposób: $762.784,50 \text{ zł brutto} \times 0,5\% \times 236 \text{ dni zwłoki} = 900.085,71 \text{ zł}$, przy czym zgodnie z treścią noty księgowej nr (...) z dnia 26 listopada 2019 r. (k.581) powód na podstawie art. 484 § 2 k.c. dokonał miarkowania kary umownej do wysokości wartości brutto wynagrodzenia umownego wskazanego w umowie, obciążając tym samym pozwanych karą umowną w kwocie 762.784, 50 zł, płatną w terminie 7 dni od daty otrzymania noty przez pozwanych. Przedmiotową notę powód doręczył pozwanym wraz z pismem z dnia 27 listopada 2019 r. (k.585-585v.), zaś pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. pozwani zakwestionowali zasadność obciążenia ich przedmiotową karą umowną (k.583-584v.).

W ocenie Sądu uzasadniony okazał się natomiast zarzut nadmiernego wygórowania kary umownej. Okoliczności niniejszej sprawy uzasadniały bowiem zastosowanie instytucji miarkowania kary umownej. W myśl art. 484 § 1 k.c., w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). W świetle poglądów utrwalonych w judykaturze, zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. jest dopuszczalne tylko na żądanie dłużnika, które musi być zgłoszone do daty zamknięcia rozprawy przed Sądem drugiej instancji. Miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów, katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty, a decyzja sądów meriti o miarkowaniu lub odmowie redukcji tej kary jest silnie warunkowana okolicznościami konkretnej sprawy (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 2021 r., sygn. akt I CSK 664/20, Lex nr 3245218). Podstawowymi funkcjami kary umownej są: funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Dokonując miarkowania kary umownej w postępowaniu sądowym, należy mieć na uwadze, że działanie to stanowi ingerencję w treść zobowiązania określonego w umowie. Dlatego trzeba je postrzegać jako wyjątek od zasady, że kara umowna przysługuje w uzgodnionej przez strony wysokości niezależnie od rozmiaru szkody wierzyciela i odnieść żądanie zobowiązanego domagającego się obniżenia kary do realiów każdej sprawy. Miarkowanie kary ma zapobiegać dysproporcjom między jej ustaloną w umowie wysokością a zasługującym na ochronę interesem wierzyciela. (Tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 19

listopada 2020 r. I AGa 106/19, Lex nr 3101596). Możliwość dochodzenia zapłaty kary umownej nie jest w żadnej mierze uzależniona od wystąpienia po stronie wierzyciela szkody majątkowej. Naruszenie postanowień umownych (nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy) jest wystarczającą okolicznością do żądania kary umownej. Kara umowna ma rekompensować ogół skutków, jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela i stanowić dodatkowe zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 listopada 2020 r., sygn. akt I AGa 171/19, LEX nr 3146290). Wysokość kary, nawet standardowo ustalana w określonych stosunkach prawnych, powinna być w związku z żądaniem miarkowania odniesiona do indywidualnych uwarunkowań danego przypadku, wpływających na rozstrzygnięcie, czy in casu kara umowna w określonej wysokości jest "rażąco wygórowana" w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt IV CSK 574/19, LEX nr 3081791). Zastrzeżenie kary umownej nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, zaś przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna może przy tym być rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. już w momencie jej zastrzeżenia albo stać się rażąco wygórowaną w następstwie późniejszych okoliczności, do których zalicza się fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2020 r., sygn. akt V AGa 117/19, Lex nr 3029854). Pojęcie "rażącego wygórowania" z art. 484 § 2 k.c. jest zaś niedookreślone, co pozwala na elastyczne, dostosowane do danej sprawy stosowanie wskazanej instytucji. Z drugiej strony, jako wyjątek od reguły, miarkowanie kary umownej nie powinno być nadużywane, należy stosować je rozsądnie i z umiarem. Kryteriami oceny czy kara umowna nie jest rażąco wygórowana mogą być m.in.: stosunek pomiędzy wartością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika, relacja wysokości kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych, stosunek do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, wysokość zaistniałej po stronie wierzyciela szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, przyczynienie się wierzyciela do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, ogółu majątkowych i niemajątkowych interesów wierzyciela, jakie miał on w wykonaniu zobowiązania, stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, stopień niepewności co do należytego wykonania świadczenia w oznaczonym terminie, w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie: przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac, zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika jego powinności, wynikających z zobowiązania, waga naruszonych powinności, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności dłużnika, zgodny zamiar stron w zakresie przyjętego przez strony celu zastrzeżenia kary umownej w danej wysokości (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt I ACa 428/18, Lex Nr 3120239). Miarkując karę umowną, sąd musi uwzględniać różnorodne okoliczności konkretnej sprawy, przy czym wysokość szkody poniesionej przez wierzyciela jest jedynie jedną z nich, a katalogu kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie można uznać za zamknięty. Nie bez znaczenia jest również fakt, że obowiązek zapłaty kary umownej może powstać nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt IV CSK 443/18, LEX nr 2775316).

Mając zatem na względzie wszystkie okoliczności rozpoznawanej sprawy oraz przedstawioną argumentację, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że kara umowna za zwłokę w usunięciu wad w przedmiocie robót budowlanych objętych umową z dnia 23 marca 2017 r. należy się powodowi w kwocie 152.556,90 zł, co stanowi 20% kary wyliczonej przez powoda (762.784,50 zł x 20% = 152.556,90 zł). Ustalając na rzecz powoda karę umowną we wskazanej wysokości, Sąd miał przede wszystkim na uwadze rażąco wygórowanie kary zastrzeżonej w umowie, w szczególności w stosunku do wartości całej umowy, tj. do ogólnej kwoty wynagrodzenia należnego pozwanym za wykonanie umowy. Pierwotnie, kara ta zgodnie z umową przekraczała bowiem kwotę 900.00,00 zł, a tym samym znacząco przewyższała wynagrodzenie umowne brutto określone na kwotę 762.784,50 zł. W ocenie Sądu, także kara umowna w zmiarkowanej już przez powoda wysokości rzędu 762.784,50 zł, tj. równa wynagrodzeniu umownemu brutto, również jest rażąco wygórowana. Po pierwsze z tego względu, iż pozwani wykonali w całości przedmiot umowy, a w wyniku obciążenia ich karą umowną równą należnemu im wynagrodzeniu, zostaliby oni w istocie pozbawieni tego wynagrodzenia w zupełności. Po drugie, oszacowany przez powoda koszt usunięcia wad ujawnionych w okresie gwarancyjnym i rękojmi kształtuje się na poziomie 285.023,28 zł, co stanowi kwotę przeszło 2,5 razy niższą od nałożonej na pozwanych

kary umownej. Po trzecie, na pozwanych spoczywa nadto obowiązek poniesienia kosztów związanych z usunięciem wad w ramach wykonania zastępczego, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia. W tych okolicznościach, zdaniem Sądu świadczenie pozwanych z tytułu kary umownej wyliczonej przez powoda w kwocie 762.784,50 zł jest niewspółmiernie zawyżone w stosunku do świadczenia drugiej strony umowy (powoda) z tytułu wynagrodzenia umownego za wykonanie robót przez pozwanych (jest bowiem równe temu wynagrodzeniu, co skutkowałoby w istocie pozbawieniem pozwanych wynagrodzenia za wykonane prace) oraz do wysokości szkody związanej z oszacowanymi przez powoda kosztami usunięcia przedmiotowych wad.

Jednocześnie, z uwagi na dokonaną na rzecz powoda wypłatę kwoty gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 11.441,77 zł, wyliczoną wyżej karę umowną w kwocie 152.556,90 zł należało pomniejszyć o tę kwotę, co uzasadniało zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kwoty 141.115,13 zł.

W tym stanie rzeczy, Sąd na podstawie art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i § 2 k.c. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2. tiret drugi oraz w zw. z § 7 ust. 1 i 3 i w zw. z § 11 ust. 1 umowy Nr (...) z dnia 23 marca 2017 r. orzekł jak w pkt I. formuły sentencji wyroku.

O odsetkach ustawowych za opóźnienie orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c., za datę wymagalności roszczenia, zgodnie z żądaniem pozwu przyjmując dzień 30 grudnia 2019 r., tj. dzień udzielenia przez pozwanych odpowiedzi na wezwanie do zapłaty zawarte w nocy księgowej nr (...) z dnia 26 listopada 2019 r. (najpóźniej w tym dniu, tj. w dniu 30 grudnia 2019 r. pozwani powzięli wiedzę o obowiązku świadczenia na rzecz powoda, skoro z tej daty pochodzi odpowiedź pozwanych na wezwanie do zapłaty zawarte w nocy odsetkowej).

II. Żądanie zawarte w pkt 2. petitum pozwu było uzasadnione w całości.

W związku z nieusunięciem przez pozwanych w wyznaczonym terminie wad w przedmiocie umowy z dnia 23 marca 2017 r. powód domagał się nadto upoważnienia go do wykonania solidarnie na koszt pozwanych czynności polegających na usunięciu wad powstałych w okresie gwarancyjnym i opisanych w protokołach z przeglądu stanu technicznego z dnia 6 czerwca 2018 r., w protokole z dnia 3 czerwca 2019 r., w protokołach z dnia 18 czerwca 2019 r. oraz w protokołach z dnia 3 czerwca 2020 r., a znajdujących się drodze powiatowej Nr (...) S. – J., Nr (...) S. – R. odcinek D. – R., Nr (...) R. – O. – D. na odcinku K. – D. oraz na drodze powiatowej Nr (...) na odcinku G. – S..

Roszczenie powoda w powyższym przedmiocie znajduje uzasadnienie w świetle art. 480 § 1 k.c. Stosownie do dyspozycji wymienionego przepisu ustawy, w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Przewidziane w art. 480 § 1 k.c. upoważnienie do wykonania zastępczego jest surogatem świadczenia, którego istotą jest podjęcie przez wierzyciela czynności zmierzających do wykonania zobowiązania ciężącego na dłużniku, gdy ten w określonym terminie nie wykona swego obowiązku. W tym celu wierzyciel musi wystąpić z osobnym - samodzielnym powództwem i uzyskać zgodę sądu na zastępcze wykonanie zobowiązania, z wykonaniem którego dłużnik pozostaje w zwłoce (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 października 2013 r., sygn. akt I ACa 788/12, Lex nr 1391884).

Wobec zatem przesądzenia, iż pozwani z mocy § 7 ust. 1 i 3 umowy Nr (...) z dnia 23 marca 2017 r. są zobowiązani do usunięcia wad w przedmiocie robót oraz, że wad tych nie usunęli do chwili obecnej - czynności podjęte przez pozwanych nie były bowiem zgodne z zaleceniami wynikającymi z protokołów z przeglądów stanu technicznego zawartych w aktach sprawy i nie doprowadziły finalnie do usunięcia stwierdzonych wad, jak również wobec tego, że przedmiotowe wady mają charakter trwałe i postępujący w czasie (postępująca degradacja nawierzchni), upoważnienie powoda do ich usunięcia na koszt pozwanych było konieczne i uzasadnione w świetle art. 480 § 1 k.c. oraz całokształtu dowodów i okoliczności sprawy.

Z przedstawionych względów, Sąd na podstawie art. 480 § 1 k.c. w zw. z § 7 ust. 1 i 3 umowy Nr (...) z dnia 23 marca 2017 r. orzekł jak w pkt II. formuły sentencji wyroku.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., mając na względzie zasadę stosunkowego rozdzielenia tychże kosztów. Powód dochodził od pozwanych roszczeń o łącznej wartości 1.036.366,01 zł, na którą składała się kara umowna wyliczona przez powoda w kwocie 751.342,73 zł oraz kwota 285.023,28 zł stanowiąca oszacowaną przez powoda wartość roszczenia o upoważnienie go do usunięcia wad na koszt pozwanych. Powództwo o zasądzenie kary umownej (pkt 1. petitum pozwu) zostało uwzględnione w części, tj. co do kwoty 141.115,13 zł, natomiast powództwo o upoważnienie (pkt 2 petitum pozwu) zostało uwzględnione w całości. Tym samym przyjąć należało, że z dochodzonej przez powoda wartości roszczeń wynoszącej łącznie 1.036.366,01 zł uzasadniona (tj. zasądzona) wartość roszczeń wyniosła łącznie kwotę 426.138,41 zł (wg wyliczenia: 141.115,13 zł + 285.023,28 zł). Tym samym, powód wygrał proces w 41,11 % (wg wyliczenia: $426.138,41 \text{ zł} \times 100\% : 1.036.366,01 \text{ zł}$). Pozwani wygrali natomiast proces w 58,89% (wg wyliczenia 100% -41,11%). Powód poniósł koszty procesu w łącznej wysokości 63.227,02 zł, w tym: wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w stawce minimalnej 10.800,00 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł, opłata sądowa od pozwu w kwocie 51.819,00 zł oraz kwota 591,02 zł tytułem kosztów sporządzenia opinii biegłego. Pozwani ponieśli koszty procesu w łącznej wysokości 11.408,01 zł, w tym: wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w stawce minimalnej 10.800,00 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł oraz kwota 591,01 zł tytułem kosztów sporządzenia opinii biegłego. Wobec tego, powodowi należy się od pozwanych zwrot kosztów procesu w kwocie 25.992,62 zł (wg wyliczenia: $63.227,02 \text{ zł} \times 41,11\%$). Pozwanym należy się natomiast od powoda zwrot kosztów procesu w kwocie 6.718,17 zł (wg wyliczenia: $11.408,01 \text{ zł} \times 58,89\%$). Na zasadzie ekonomiki procesowej należało od kwoty wyższej odjąć kwotę niższą i zasądzić od pozwanych na rzecz powoda solidarnie kwotę 19.274,45 zł. Niewykorzystane zaliczki zostaną zwrócone.

Sędzia SO Stella Czołgowska