

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 17 lutego 2020 r. (data wpływu do Sądu) powódka Gmina J. wniosła o zasądzenie od pozwanej Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. kwoty 311.410,42 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 28 czerwca 2016 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania według norm przepisanych (pozew k. 4-6 akt).

W odpowiedzi na pozew pozwana Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki Gminy J. na rzecz pozwanej Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto, pozwana zgłosiła **zarzut przedawniania roszczenia powódki w zakresie odsetek ustawowych liczonych od dnia 28 czerwca 2016 roku** i zgłosiła wniosek o wezwanie do wzięcia udziału w sprawie (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. w charakterze interwenienta ubocznego po stronie Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. (odpowiedz na pozew k. 88-94 akt, wniosek o przyznanie k. 97-98).

W toku procesu strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie.

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

W dniu 29 czerwca 2015 r. w rezultacie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych pomiędzy powódką Gminą J. a pozwaną Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w K. została zawarta umowa o roboty budowlane nr (...)272.12.2015, w której powódka występowała jako zamawiający, a pozwana jako wykonawca.

Przedmiotem wykonania umowy była budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną wraz z oświetleniem i kanalizacją deszczową, usunięcie kolizji z siecią energetyczną średniego napięcia oraz przebudowa istniejącego odcinka ulicy (...) realizowane w ramach zadania budżetowego pn. „Budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną w J. oraz przebudowa istniejącego odcinka ulicy (...)” umieszczonego w D. 600 (...) w Rozdziale 60016 „Drogi publiczne gminne” w Paragrafie 6050 „Wydatki inwestycyjne jednostek budżetowych”. Ww. przedmiot zamówienia składał się z dwóch zadań : zadania nr 1 – pn. „Budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną wraz z oświetleniem i kanalizacją deszczową oraz przebudowa istniejącego odcinka ulicy (...)”, zadania nr 2 – pn. „Usunięcie kolizji z siecią energetyczną średniego napięcia”. Przedmiot umowy miał zostać wykonany zgodnie z dokumentacją projektową, (...), specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, ofertą.

Rozpoczęcie realizacji robót miało nastąpić w dniu protokolarnego przekazania terenu budowy. Przekazanie terenu budowy miało nastąpić w ciągu 14 dni od dnia podpisania umowy, po przedłożeniu przez wykonawcę i zaakceptowaniu przez inspektora nadzoru projektu organizacji ruchu i oznakowania na czas budowy.

Zakończenie realizacji robót i zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru robót miało nastąpić w terminie do 30 września 2015 r. Po przekroczeniu terminu umownego zakończenia robót, wykonawcy nie przysługiwało prawo do odstąpienia od wykonania przedmiotu umowy.

Zgodnie z § 3 umowy wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowe określone na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie i planowanej ilości wykonanych robót na łączną kwotę brutto 1.798.915,81 zł, w tym 23 % VAT w wysokości 336.382,63 zł.

Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić na podstawie faktur końcowych wystawionych po odbiorach końcowych przedmiotu umowy. Ostateczna wysokość wynagrodzenia miała zostać określona po wykonaniu robót i na podstawie

obmiaru kosztorysów powykonawczych zatwierdzonych przez inspektora nadzoru, przy czym wynagrodzenie to miało nie przekroczyć wynagrodzenia określonego w przedmiotowej umowie. Ceny określone w kosztorysie nie mogły ulec zmianie z tytułu wzrostu cen. Zapłata należności wynikających z faktur miała nastąpić w terminie 30 dni od dnia ich wpływu do Urzędu Miejskiego w J. na rachunek bankowy wykonawcy wskazany na fakturze.

Roboty dodatkowe nie przewidziane w dokumentacji wykonawca mógł wykonać na podstawie zgody wyrażonej przez zamawiającego w oparciu o protokół konieczności przy udziale inspektora nadzoru i podlegały rozliczeniu na zasadach wzajemnie uzgodnionych w dodatkowej umowie zawartej na wykonanie robót dodatkowych z zastosowaniem stawek i narzutów podanych w ofercie.

Paragraf 4 określał obowiązki stron umowy.

Zgodnie z ust. 1 zamawiający był zobowiązany m.in. do przekazania wykonawcy egzemplarza dokumentacji projektowej, przekazania placu budowy w terminie do 14 dni po podpisaniu umowy pod warunkiem przedłożenia przez wykonawcę projektu organizacji ruchu i oznakowania na czas budowy zaakceptowanego przez inspektora nadzoru, zapewnienia nadzoru inwestorskiego, rozpoczęcie czynności odbioru przedmiotu umowy w terminie 14 dni od pisemnego zgłoszenia przez wykonawcę dokumentów wskazanych w § 10 ust. 2, zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy.

Zgodnie z ust. 2 wykonawca zobowiązany był do terminowego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dostarczoną dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i przepisami prawa, protokolarnego przejęcia placu budowy, jego zagospodarowania oraz właściwego oznaczenia i zabezpieczenia placu budowy i miejsc prowadzenia robót, zapewnienia należytego ładu i porządku, a w szczególności przestrzegania przepisów BHP, zapewnienia ochrony przeciwpożarowej na placu budowy na koszt własny, sporządzenia przed rozpoczęciem budowy planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, uwzględniając specyfikę obiektu i warunki prowadzenia robót budowlanych, wykonania przedmiotu umowy zgodnie z warunkami przebudowy oraz zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami, załatwienia wszystkich formalności i poniesienia kosztów związanych z budową, w tym w szczególności zakup materiałów niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, oznakowanie robót zgodnie z tymczasowym projektem organizacji ruchu na własny koszt, pisemnego zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru końcowego, uczestniczenia w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, dbania o należyty porządek na terenie budowy.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania następującej konstrukcji drogi – warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego AC 11S 50/70 o grubości warstwy 5 cm, warstwy wiążącej z betonu asfaltowego AC 16W 50/70 o grubości warstwy 9 cm, podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie 0/63 mm grubość warstwy 15 cm, podbudowy pomocniczej z gruntu stabilizowanego cementem o  $R_m=5MP$  grubości 15 cm.

Przedstawicielem zamawiającego był powołany przez niego inspektor nadzoru J. K. – branża drogowa i sanitarna, K. J. – branża elektryczna zakres oświetlenia, T. D. – branża elektryczna zakres kolizji SN. Inspektor nadzoru był uprawniony do wydawania wykonawcy poleceń związanych z jakością i ilością robót, które są niezbędne do prawidłowego oraz zgodnego z umową, projektem technicznym i przepisami prawa wykonania przedmiotu umowy.

Przedstawicielem ze strony wykonawcy na budowie był B. M. działający w granicach umocowania określonego przepisami ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający mógł nałożyć na wykonawcę obowiązek wydelegowania przedstawicieli na narady koordynacyjne. Ponadto, wykonawca był zobowiązany do zapewnienia zamawiającemu oraz wszystkim osobom przez niego upoważnionym, a szczególnie przedstawicielom autora dokumentacji projektowej oraz pracownikom organów nadzoru budowlanego dostępu na teren budowy oraz do wszystkich miejsc, gdzie są wykonywane roboty budowlane lub gdzie przewiduje się ich wykonanie, a są związane z realizacją przedmiotu umowy.

Wykonawca miał obowiązek ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto za przedmiot umowy, tj. 179.891,58 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Część zabezpieczenia, tj. 70 % miały zostać zwrócone wykonawcy w ciągu 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego tego wykonania za należyte, a pozostałe 30 % miały pozostać na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady.

Przedmiotowa umowa łącząca strony dopuszczała zmianę formy zabezpieczeń należytego wykonania umowy na jedną z form określonych w art. 148 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.).

Wykonawca zobowiązał się do zawarcia na własny koszt odpowiednich umów ubezpieczenia z tytułu szkód, które mogą zaistnieć w związku z określonymi zdarzeniami losowymi oraz od odpowiedzialności cywilnej na czas realizacji robót objętych umową.

### ***W § 8 umowy określono zasady korzystania z rękojmi i gwarancji .***

Zgodnie z § 8 umowy podpisanie przez wykonawcę bezusterkowego protokołu odbioru końcowego jest równoznaczne z udzieleniem gwarancji jakości w wymiarze 60 miesięcy, zadeklarowanym w trakcie przetargu na wykonane roboty z zastrzeżeniem, że okres gwarancji jakości w wymiarze 60 miesięcy, zadeklarowanym w trakcie przetargu na wykonane roboty z zastrzeżeniem, że okres gwarancji na oprawy L. wydłużony zostaje do 60 miesięcy i zostanie potwierdzony przez producenta opraw liczony od daty bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy.

***Wykonawca w § 8 ust. 2 umowy udzielił zamawiającemu rękojmi, w zakresie mogących wystąpić wady w przedmiocie umowy na okres 60 miesięcy. Okres rękojmi zaczynał obowiązywać wykonawcę od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego.***

W okresie rękojmi i gwarancji, wady i usterki miały być zgłaszane wykonawcy pocztą elektroniczną na adres e-mail (...) i telefonicznie na numer 62/76 49 619 lub 62/76 49 715 lub faksem na nr 62/76 49 715 wraz z krótkim opisem. Wykonawca był zobowiązany do pisemnego powiadomienia zamawiającego o zmianie powyższych danych kontaktowych minimum z 7-dniowym wyprzedzeniem.

W razie stwierdzenia w okresie gwarancji i rękojmi wady i usterki nadającej się do usunięcia zamawiający mógł żądać usunięcia wady, wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin lub ***zażądać zapłaty odszkodowania od utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej.*** Wykonawca nie mógł odmówić usunięcia wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi w wyznaczonym terminie bez względu na związane z tym koszty.

W przypadku nie usunięcia wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi w wyznaczonym terminie zamawiający mógł naliczyć karę umowną w wysokości 2 % wynagrodzenia brutto 1.798.915,81 zł za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi, liczonego od dnia wyznaczonego na wykonanie usunięcia wad do dnia faktycznego usunięcia wad i usterek potwierdzonego przez inspektora nadzoru.

Zgodnie z § 9 umowy istniała możliwość zastosowania kar umownych przez zamawiającego : min. w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 2 % wynagrodzenia brutto 1.798.915,81 zł za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, liczonego od dnia wyznaczonego na wykonanie robót do dnia faktycznego wykonania robót potwierdzonego przez inspektora nadzoru, z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto 1.798.915,81 zł, z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto 1.798.915,81 zł.

Z kolei wykonawca mógł żądać od zamawiającego kar umownych w przypadku opóźnienia w odbiorze przedmiotu umowy, z przyczyn zależnych od zamawiającego – w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego – w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto 1.798.915,81 zł, za wyjątkiem sytuacji unormowanej w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zastrzegł sobie prawo do potrącenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy ewentualnych roszczeń z tytułu kar umownych na co wykonawca wyraził zgodę.

Ponadto, strony zastrzegły sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, w przypadku gdy poniesiona szkoda miałaby przewyższać wysokość zastrzeżonej kary umownej.

Strony ustaliły, że wykonawca następujący zakres przedmiotowy prac wykona za pomocą podwykonawców określonych w przedmiotowej umowie : Związek Spółek (...) w J., ul. (...), (...)-(...) J. – roboty branży sanitarnej, (...) I. P. k/K. ul. (...), (...)-(...) K. – roboty branży elektrycznej.

W umowie strony przewidziały możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w § 12 ust. 1 pkt 1 umowy – m.in. w przypadku opóźnień w dostarczeniu dokumentacji projektowej przez zamawiającego (dowód : umowa nr (...).272.14.2015 w sprawie wykonania robót budowlanych k. 9-16).

Szczegóły techniczne wykonania robót budowlanych określono w Spisie Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dowód: Szczegółowe Specyfikacje (...) k. 100-121).

***Na podstawie umowy i (...) (Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych), jako załącznika do umowy - (...)05.03.05a oraz D-05.03.05b powódce przysługiwało prawo potrącenia z kwoty należnej od pozwanego za zanizoną grubość nawierzchni (dowód: umowa nr (...).272.14.2015 w sprawie wykonania robót budowlanych k. 9-16, Szczegółowe Specyfikacje (...) k. 100-121).***

Zabezpieczeniem prawidłowego wykonania niniejszej umowy i usunięcia wad była gwarancja ubezpieczeniowa nr GKDo/ (...) -00-00-35 z dnia 29 czerwca 2015 r. Na podstawie niniejszej gwarancji gwarant (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji Gminy J. kwoty do łącznej wysokości 179.891,58 zł, w tym kwoty do wysokości 179.891,58 zł (suma gwarancyjna z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez zobowiązanego, z wyłączeniem roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne) oraz kwoty do wysokości 53.967,47 zł (suma gwarancyjna z tytułu rękojmi za wady fizyczne).

Gwarant był zobowiązany dokonać zapłaty z tytułu gwarancji w terminie 14 dni od dnia doręczenia gwarantowi pisemnego wezwania do zapłaty, zawierającego oświadczenie beneficjenta, że żądana kwota jest należna i wymagalna z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez zobowiązanego lub rękojmi za wady fizyczne.

Gwarancja obowiązała od dnia zawarcia umowy do dnia 15 listopada 2015r. włącznie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i od dnia 16 listopada 2015 r. do dnia 15 listopada 2020 r. włącznie odnośnie roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne (dowód: gwarancja ubezpieczeniowa nr GKDo/ (...) -00-00-35 k. 20).

W dniu 28 września 2015 r. pozwany wystąpił z wnioskiem o zmianę terminu realizacji prac min. z powodu opóźnień w dostarczeniu przez zamawiającego projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz zmian do projektu technicznego, opóźnień w dostarczeniu zgody na wycinkę drzew, niekorzystnych warunków pogodowych (dowód: wniosek pozwanego k. 18-19).

W dniu 29 września 2015 r. strony zawarły aneks nr (...) do przedmiotowej umowy, którym wydłużyły termin realizacji prac do 16 października 2015 r. Opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy były następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego i spowodowanych wprowadzonymi zmianami w dokumentacji projektowej. Ponadto,

wykonawca zobowiązał się przedłożyć zamawiającemu w terminie 10 dni od podpisania niniejszego aneksu- aneks do gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy i usunięcia usterek wydłużający ją o okres 16 dni (dowód : aneks nr (...) z 29 września 2015 r. k. 17-18, zeznania świadka M. L. w formie pisemnej k. 235).

**W dniu 12 listopada 2015 r.** Gmina J. i Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. podpisały protokoły końcowego odbioru robót budowlanych. Pierwszy z nich dotyczył zadania nr 1 pn. „Budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną wraz z oświetleniem i kanalizacją deszczową oraz przebudowa istniejącego odcinka ulicy (...)” realizowanych w ramach zadania budżetowego pn. „Budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną w J. oraz przebudowa istniejącego odcinka ulicy (...)” umieszczonego w D. 600 (...) w Rozdziale 60016 „Drogi publiczne gminne” w Paragrafie 6050 „Wydatki inwestycyjne jednostek budżetowych”.

**Odbiór robót został dokonany bez uwag na podstawie przeprowadzonych oględzin oraz przedstawionej kompletnej i bez zastrzeżeń dokumentacji powykonawczej.** Strony ustaliły, że okres gwarancji wynosi 60 miesięcy i był liczony od pierwszego dnia po odbiorze końcowym. Komisja uznała obiekt za przyjęty do użytkowania przez Gminę J.. W składzie komisji byli obecni przedstawiciele wykonawcy i zamawiającego, w tym m.in. M. J., J. K. i M. H..

**Drugi protokół dotyczył** zadania nr 2 pn. „Usunięcie kolizji z siecią energetyczną średniego napięcia”. Odbiór robót został dokonany bez uwag, a **okres gwarancji** strony ustaliły na 60 miesięcy począwszy od pierwszego dnia po odbiorze końcowym (dowód : protokoły końcowego odbioru robót k. 21-28, zeznania świadka M. J. transkrypcja protokołu rozprawy z dnia 12 czerwca 2020 r., czas nagrania 00:13:52.528, 00:14:36.864, 00:15:09.480, 00:15:51.353, zeznania świadka J. K. transkrypcja protokołu rozprawy z dnia 12 czerwca 2020 r., czas nagrania 00:50:18.664-00:50:41.072, 01:01:41.792).

Droga została oddana do użytkowania w listopadzie 2015 r. (dowód: okoliczność bezsporna).

Pismami z dnia 1 marca 2016 r. i 15 marca 2016 r. powódka poinformowała pozwaną o wątpliwościach dotyczących jakości wykonanych robót. Wskazała, że po okresie zimowym można zauważyć drobne usterki i wady oraz wezwała do ich usunięcia. Udostępniono wykonawcy protokół z przeglądu przebudowanego odcinka drogi i wezwano do usunięcia wad i usterek stwierdzonych w czasie tego przeglądu do dnia 30 marca 2016r. (dowód : pisma powódki k. 39-40).

W dniu 6 maja 2016 roku Gmina J. poinformowała stronę pozwaną , że w dniu 10 maja 2016r. zostanie przeprowadzone badanie nawierzchni jezdni (dowód : pismo informacyjne z 6 maja 2016 r. k. 41-43) .

W dniu 13 czerwca 2016 roku powódka wystosowała do wykonawcy wezwanie do usunięcia wad przedmiotu umowy. W wezwaniu powołano się na badanie przeprowadzone w dniu 20 lutego 2016 r. i powtórzone w dniu 10 maja 2016 r. (dowód : wezwanie do usunięcia wad przedmiotu umowy k. 44-45).

W dniu 14 lipca 2016 r. i 29 lipca 2016 r. wystosowano do wykonawcy ponowne wezwanie do usunięcia wad (dowód: ponowne wezwanie wykonawcy k. 46-48).

W dniu 12 lutego 2019r. strona powodowa zawiadzała pozwaną spółkę do próby ugodowej. Sprawa zawisła przed Sądem Rejonowym w Kaliszu pod sygnaturą akt IGCo 354/19 (dowód: wniosek k. 63-64 akt).

W odpowiedzi strona pozwana, uznała istnienie wadliwych wykonanych warstw bitumicznych i zaproponowała zapłatę kwoty stanowiącą zdaniem pozwanej równowartość usunięcia istniejących usterek (dowód: odpowiedź na wezwanie do próby ugodowej k. 64-66).

Laboratorium Budowlane (zespół badawczy T. B. (1) , D. B. (1) ) na zlecenie strony powodowej wykonała opinię, której celem było potwierdzenie wcześniej wykonanych otwierań z dnia 20 lutego 2016r. w nawierzchni drogi realizowanej przez pozwaną Spółkę. W stanowisku opiniodawcy wskazano, że:

„badania komisyjne potwierdziły, iż wykonana nawierzchnia nie spełnienia wymagań dokumentacji projektowej oraz WT2. Negatywne parametry warstwy ścieralnej, jak i struktura (otwarte pory) będą prowadziły do dalszej degradacji nawierzchni. Sposobem naprawy jest sfrezowanie warstwy ścieralnej i wykonanie ponownie zgodnie z założeniami zarówno projektowymi, jak i WT-2. Należy również zwrócić uwagę na warstwę wiążącą podczas frezowania, aby zachowała wymaganą grubość”.

W ramach badań uzyskano średni wynik warstwy wiążącej 7 cm, warstwa ścieralna średni wynik 4,1 cm (dowód: prywatna opinia LB k. 29-38 akt).

Powódka zleciła przygotowanie kosztorysu inwestorskiego w zakresie naprawy powierzchni drogi łączącej ulicę (...) z ulicą (...). Kosztorys sporządził inż. A. C.. Wartość robót naprawczych brutto wyliczono na poziomie 311.410,42 zł brutto. Do kosztorysu wykonano projekt naprawy nawierzchni drogi (dowód: kosztorys i projekt wykonawczy sporządzony na zlecenie Gminy k. 49- 60 akt).

Pozwana Spółka, również skorzystała z prywatnej opinii. Według badań niezależnego akredytowanego Laboratorium Drogowego W. B., uzyskano z 4 badań próbek wziętych z nawierzchni drogi grubość warstwy wiążącej 7 cm (projektowana 9 cm) oraz warstwę ścieralną 4,2 cm (projektowana 5 cm) (dowód: badania Laboratorium Drogowego k. 123-128 akt).

W dacie wyrokowania, droga w dalszym ciągu jest użytkowana. Brak na drodze spękań i kolein. **Występują jedynie drobne wykruszenia spowodowane zwykłą eksploatacją powierzchni** (brak możliwości ustalenia kiedy powstały), pogłębiane przez brak okresowych przeglądów i braku działań odnośnie zabezpieczenia wykruszeń. Nawierzchnia lokalnie posiada drobne ścieranie się nawierzchni, które nie ma wpływu na bezpieczeństwo użytkowania. Nie występuje zagrożenie życia i zdrowia użytkowników drogi, nie ma utrudnień, ruch pojazdów odbywa się bezkolizyjnie, **nie występują żadne zagrożenia, w związku z czym nie ma konieczności podejmowania prac zmierzających do dokonania naprawy przedmiotowej drogi** (dowód: zeznania świadka J. K. transkrypcja protokołu rozprawy z dnia 12 czerwca 2020 r., czas nagrania 01:10:16.176, opinia techniczna biegłego k. 300-307, opinia uzupełniająca biegłego k. 323-331).

Droga została wykonana w sposób należyty z wyjątkiem mniejszej grubości wykonania warstw bitumicznych. Pozwany wykonał warstwę ścieralną z betonu asfaltowego AC 11S 50/70 o średniej grubości 4,1 cm (została wykonana w 82 %), a warstwę wiążącą z betonu asfaltowego AC 16W 50/70 o średniej grubości 7 cm (została wykonana w 77,8 %). Zgodnie z założeniami projektowymi grubość warstwy wiążącej dla wielu oznaczeń nie może być mniejsza od 90 % projektowej (8,1 cm), pojedyncze przekroczenie grubości nie mogło być mniejsze od 85 % projektowej (7,65 cm), natomiast średnia arytmetyczna wszystkich pomiarów grubości w ramach badań kontrolnych mniejsza od 85 % projektowanej grubości miała być podstawą do proporcjonalnego obniżenia wynagrodzenia wobec wielkości projektowej (analogicznie dla warstwy ścieralnej). Zgodnie z powyższym warstwy bitumiczne odnośnie grubości nie zostały wykonane zgodnie z założeniami projektu. Nie zostały spełnione wymagania dotyczące zagęszczeń oraz wolnych przestrzeni w warstwach bitumicznych na skutek niesprzyjających warunków pogodowych podczas wykonywania warstw bitumicznych (dowód : opinia techniczna biegłego – k. 300-307, opinia uzupełniająca biegłego k. 323-331).

### **Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.**

Należy podkreślić, że sprawa była rozpoznawana w ramach procedur określonej w D. (...) w sprawach gospodarczych” W myśl art. 458<sup>1</sup> § 1 k.p.c. Przepisy tego działu stosuje się w sprawach gospodarczych podlegających rozpoznaniu w procesie.

W art. 458<sup>1</sup> § 2 k.p.c. w sprawach gospodarczych rozpoznawanych według przepisów niniejszego działu przepisy o innych postępowaniach odrębnych stosuje się w zakresie, w którym nie są sprzeczne z przepisami niniejszego działu. Nie dotyczy to spraw gospodarczych rozpoznawanych w europejskim postępowaniu nakazowym, europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń oraz elektronicznym postępowaniu upominawczym.

W postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, w którym powód jest obowiązany powołać wszystkie twierdzenia i dowody w pozwie, a pozwany – w odpowiedzi na pozew (art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c.) pod rygorem ich pominięcia, chyba że strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynikła później. Jest to pierwszy moment koncentracyjny w tym postępowaniu. Aktualność zachowuje przy tym wyr. SN z 14.12.2006 r., I CSK 322/06, L., w którym SN podkreślił, że przy ocenie, jakie twierdzenia i dowody powód jest obowiązany zawrzeć już w pozwie, a co do jakich potrzeba ich powołania może wyniknąć później (d. art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c.), trzeba mieć na uwadze także to, że nie można wymagać od powoda, by zgłaszał już w pozwie takie dowody, które antycypowałyby ewentualny sposób obrony pozwanego, a tym samym zmuszać go do przewidywania, jaką obronę podejmie pozwany i jakie dowody zgłoszone już w pozwie mogą tę obronę unicestwić. Ustawodawca, przewidując dopuszczalność późniejszego powołania dowodów, których potrzeba zgłoszenia wynikła później, uwzględnił właśnie to, że strony stosunku prawnego mogą zmieniać swoje stanowiska lub je uzupełniać, w związku z czym powód z reguły nie może przewidzieć sposobu obrony pozwanego, który ma prawo zająć w procesie inne stanowisko niż zajmował poprzednio, i bronić się inaczej niż czynił to przed procesem. Tym samym należy uznać, że obowiązek wyrażony w art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. nie ma charakteru bezwzględnie i odnosi się do stron reprezentowanych przez profesjonalnych pełnomocników (art. 458<sup>5</sup> § 2 w zw. z art. 458<sup>4</sup> § 1 KPC). W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie 2 tygodni od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe lub wynikła potrzeba ich powołania (art. 458<sup>5</sup> § 4 k.p.c.).

Mając powyższe na uwadze, Sąd zobowiązał stronę powodową do zajęcia stanowiska po zapoznaniu się z odpowiedzią na pozew ( zarządzenie k. 151 akt), przedstawienia twierdzeń oraz wniosków dowodowych, które odnosiłyby się do zarzutów strony pozwanej. Stanowisko takie zostało zajęte w piśmie procesowym z dodatkowymi dowodami z dokumentów, z których przeprowadzenie dowodu nie narusza rygору **art. 458<sup>11</sup> k.p.c.**

Nie można zapomnieć, że szczególna regulacja dowodu z dokumentu znalazła się w przepisach o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Wedle tych odrębności dowód z dokumentu w niektórych przypadkach staje się dowodem wyłącznym. Czynność strony, w szczególności oświadczenie woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia strony w zakresie danego stosunku prawnego, może być wykazana tylko dokumentem, o którym mowa w art. 77<sup>3</sup> k.c., chyba że strona wykaże, że nie mogła przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych (art. 458<sup>11</sup> k.p.c.). Z treści przywołanego przepisu wynika, **że konieczność posługiwania się w postępowaniu dowodowym w sprawach gospodarczych wyłącznie dokumentami, obejmuje w przeważającej części dochodzenie roszczeń opartych na odpowiedzialności kontraktowej.** Ze względu na to, że źródłem odpowiedzialności deliktowej są działania faktyczne stron, a nie ich oświadczenia woli bądź wiedzy, w sprawach, w których podstawą roszczeń jest odpowiedzialność deliktowa, katalog przeprowadzanych środków dowodowych będzie szerszy. Ustawodawca w art. 458<sup>11</sup> k.p.c. wprost odwołał się do przepisu art. 77<sup>3</sup> k.c., zawierającego definicję dokumentu. Dowodem wyłącznym w postępowaniu gospodarczym może być zatem każdy dokument spełniający kryteria określone dla formy pisemnej czynności prawnej (art. 78 k.c.), formy elektronicznej czynności prawnej (art. 78<sup>1</sup> k.c.) oraz formy dokumentowej czynności prawnej (art. 77<sup>2</sup> k.c.). Należy zauważyć, że przepisy o oświadczeniach woli mają odpowiednie zastosowanie do oświadczeń wiedzy (art. 65<sup>1</sup> k.c.). W świetle powyższego, przedsiębiorca na potrzeby postępowania sądowego będzie mógł skorzystać z szerokiego spektrum nośników w postaci pisemnej, audialnej, wizualnej i każdej innej, przy użyciu wszelkich technik, na których zostaną utrwalone oświadczenia woli lub wiedzy. Przykładami mogą być notatki, rysunki, szkice, utrwalenia na dyskach (wszelkiego rodzaju), korespondencja e-mailowa, SMS-owa, nagrania wideokonferencji lub telekonferencji, zrzuty ekranów telefonicznych lub komputerowych.

Należy też wskazać, że w doktrynie pojawił się pogląd, zgodnie z którym regulacja zawarta w art. 458<sup>11</sup> k.p.c. powinna być uznana za sprzeczną z regulacją z art. 74 § 4 k.c.. Przepisów o skutkach niezachowania formy pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w

stosunkach między przedsiębiorcami. Według art. 74 § 4 k.c., w sporach między przedsiębiorcami można powoływać się na dowód ze świadków i dowód z przesłuchania stron co do faktu dokonania czynności prawnej i co do jej treści, przy niezachowaniu wymogu właściwej formy ad probationem. Z artykułu 458<sup>11</sup> k.p.c. wynika natomiast, że w postępowaniu gospodarczym została wprowadzona przeciwna reguła. Oznacza to, że zasadniczo w razie niezachowania pomiędzy przedsiębiorcami formy pisemnej, elektronicznej lub dokumentowej czynności prawnej dowód ze świadków i dowód ze stron będzie niedopuszczalny. Rozwiązaniem tej sprzeczności jest uznanie, że art. 458<sup>11</sup> k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 74 § 4 k.c., a w konsekwencji ma on prymat w stosowaniu.

Szczególne role dowodu z dokumentu jest także widoczna w przepisie art. 458<sup>10</sup> k.p.c., który kreuje pewną nadrzędność tego dowodu. W myśl tego przepisu sąd może dopuścić dowód z zeznań świadków jedynie wtedy, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w razie ich braku, pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Trzeba mieć przy tym na uwadze, że te inne środki **dowodowe to przede wszystkim dokumenty, ponieważ dowód z przesłuchania stron ma sam z siebie charakter subsydiarny (art. 299 k.p.c.)**. Przepis art. 458<sup>10</sup> k.p.c. powinien być w pewnym zakresie odczytywany łącznie z art. 458<sup>11</sup> k.p.c. Odmienne założenie prowadziłoby do uznania, że w każdej sytuacji, w której strona nie przedstawi innych dowodów, sąd powinien rozważyć, czy nie powinien jednak dopuścić dowodu z przesłuchania świadków.

Norma zawarta art. 458<sup>11</sup> k.p.c. ma charakter wyłącznie procesowy i nie modyfikuje w żaden sposób regulacji prawa materialnego dotyczącej formy czynności prawnych (zawartej w szczególności w art. 73 i n. k.c.). Przeprowadzenie innego dowodu co do oświadczenia woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia strony w zakresie danego stosunku prawnego jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy strona wykaże, że nie może przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych. Do takich okoliczności zalicza się niezawinioną utratę dokumentu (np. zniszczenie zapisu cyfrowego wskutek awarii komputera czy też kradzież dokumentu albo nośnika, na którym został zapisany).

Ograniczenia dotyczące dowodów nie mają zastosowania, jeżeli prowadzenie dowodu z zeznań świadków oraz przesłuchania stron zmierza w kierunku ustalenia woli stron w drodze wykładni, rozumienia treści umowy, a także towarzyszących jej zawarciu uzgodnień, gdyż, jak wynika z art. 458<sup>11</sup> k.p.c., dotyczy on wykazania czynności strony, co nie obejmuje innych elementów stanu faktycznego.

Jak wynika z interpretacji wskazanych przepisów brak jest podstaw prawnych, **by realizować w sprawie gospodarczej wszystkie zawnioskowane dowody**, w szczególności osobowe środki dowodowe – przesłuchanie świadków, stron. Proces ma charakter dokumentowy, a dla stron tego postępowania nie może być to utrudnieniem w wykazywaniu swoich twierdzeń, skoro, tryb zawarcia umowy sam w sobie narzucał wręcz sporządzanie: pism, notatek, protokołów, maile itp. potwierdzających przebieg procesu inwestycyjnego. Żadna ze stron nie kwestionowała wiarygodności tych dokumentów, tym bardziej, że powstały one w związku z realizacją inwestycji, a nie w związku z wytoczonym powództwem. Dokumenty te odzwierciedlają prawidłowe – z wyjątkiem warstw bitumicznych - wykonanie prac przez pozwaną, dokonanie odbioru końcowego bez zastrzeżeń po przeprowadzeniu oględzin i na podstawie kompletnej oraz prawidłowej dokumentacji powykonawczej.

Z uwagi na podstawę faktyczną powództwa, przesądzenie o istotnych okolicznościach z punktu widzenia rozstrzygnięcia wymagało wiadomości specjalnych. **Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c.** w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.

Sąd na wniosek obu stron postanowieniem z dnia 3 września 2020r. dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu robót budowlanych (drogownictwo), w szczególności celem ustalenia, czy pozwany wykonał przedmiot umowy zgodnie z dokumentacją projektową, czy roboty budowlane obciążone są wadą, a jeśli tak to kiedy i jakie wady zostały ujawnione, jaki jest koszt ich usunięcia, oraz czy doszło do obniżenia wartości użytkowej drogi.



W tym miejscu należy zaznaczyć, że najistotniejsze z punktu widzenia rozstrzygnięcia były wnioski z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. J., który oparł się przede wszystkim na dokumentacji z procesu inwestycyjnego, oraz przeprowadził z udziałem stron oględziny eksploatowanej całej czas drogi. Jak bowiem wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, jeżeli ustalenie określonej okoliczności faktycznej istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, które może zapewnić wyłącznie opinia biegłego, sąd nie może ich ustalić bez przeprowadzenia takiego dowodu (porównaj między innymi orzeczenia z dnia 24 listopada 1999 r. I CKN 223/98, z dnia 17 marca 2006 r. I CSK 101/05, niepubl., z dnia 19 kwietnia 2007 r. I CSK 27/07, OSNC-ZD 2008/1/25, z dnia 15 stycznia 2010 r. I CSK 199/09, z dnia 20 maja 2011 r. II UK 339/10 i z dnia 27 kwietnia 2012 r. V CSK 202/11, niepubl.). Wielokrotnie również Sąd Najwyższy stwierdzał, że opinią biegłego, w rozumieniu art. 278 k.p.c., **jest tylko opinia złożona przez osobę wyznaczoną przez sąd. Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Takie ekspertyzy są dokumentami prywatnymi i w razie przyjęcia ich przez sąd orzekający, należy traktować je jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska strony** (porównaj między innymi orzeczenia z dnia 29 września 1956 r. 3 Cr 121/56, OSN 1958/I/16, z dnia 25 czerwca 2010 r. I CSK 544/09 i z dnia 15 czerwca 2011 r. V CSK 382/10, niepubl.).

Według doktryny i praktyki opinią biegłego jest osąd (por. wyrok SN z dnia 8 listopada 1976 r., I CR 374/76, OSNC 1977, nr 10, poz. 187; por. jednakże wyrok SN z dnia 20 października 1975 r., I CR 474/75, OSP 1976, z. 12, poz. 233; wyrok SN z dnia 20 czerwca 1984 r., II CR 197/84, OSNC 1984, nr 2-3, poz. 37) o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach, do których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych (wykraczających poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego ogółu osób inteligentnych i ogólnie wykształconych - por. postanowienie SN z dnia 12 lipca 1968 r., I CR 279/68, LEX nr 6371; wyrok SN z dnia 20 grudnia 1969 r., I CR 491/69, LEX nr 6640; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 1971 r., II CR 256/71, LEX nr 6979; uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 kwietnia 1973 r., I PR 58/73, OSNC 1973, nr 10, poz. 183; uzasadnienie wyroku SN z dnia 18 lipca 1975 r., I CR 331/75, LEX nr 7729; wyrok SN z dnia 8 lipca 1994 r., II PRN 4/94, OSNAPiUS 1994, nr 9, poz. 146; postanowienie SN z dnia 12 marca 1999 r., I PKN 40/99, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 390; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 czerwca 1999 r., II UKN 692/98, OSNAPiUS 2000, nr 17, poz. 662; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 listopada 2001 r., II UKN 599/00, OSNP 2003, nr 15, poz. 364; uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 maja 2003 r., II CKN 39/01, LEX nr 78887) z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30 października 1985 r., III CZP 59/85, OSNC 1986, nr 9, poz. 140), sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd, niezainteresowaną rozstrzygnięciem sprawy (a spełniającą wskazane wyżej kryteria - biegłego), ułatwiający zarazem sądowi właściwą ocenę faktów i rozstrzygnięcie konkretnej sprawy (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; wyrok SN z dnia 20 stycznia 1970 r., II PR 18/69, LEX nr 6652).

W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i umożliwienie wyjaśnienia przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy (por. wyrok SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973; wyrok SA w Katowicach z dnia 18 października 2013 r., I ACa 663/13, LEX nr 1394210). Za niedopuszczalne uznaje się natomiast powoływanie się przez biegłego na własne spostrzeżenia o okolicznościach faktycznych, których ustalenie należy do sądu i zakłada konieczność przesłuchania we wskazanym przypadku takiej osoby w charakterze świadka, a nie biegłego (cechą charakterystyczną jest z reguły zastępowalność omawianego środka dowodowego) – (por. wyrok SN z dnia 8 listopada 1976 r., I CR 374/76, OSNC 1977, nr 10, poz. 187).

Jak wynika z powyższego, opinie prywatne złożone przez strony do akt sprawy (opinia Laboratorium Budowlanego (...) – k. 31-35, projekt wykonawczy inż. A. C. – k. 55, Laboratorium Drogowe W. B. – k. 122-128) nie były dla Sądu wiążące co do wniosków w nich zawartych, były co najwyżej wzmocnieniem argumentacji stron. Nie można jednak pominąć, że i Laboratorium Budowlane (...) i inż. A. C., podobnie jak biegły sądowy potwierdzali, **że doszło do wykonania warstw bitumicznych w sposób niezgodny z dokumentacją projektową**. Ta okoliczność

faktycznie nie była przedmiotem sporu między stronami, **spór sprowadził się do oceny skutków tego stanu rzeczy**- konieczności wykonania napraw, wymiany warstw nawierzchni, kosztów z tym związanych oraz obniżenia jakości i wartości użytkowej drogi.

Należy podkreślić, że biegły z zakresu budownictwa (...) wydał opinię po przeprowadzeniu oględzin drogi na zadaniu „Budowa łącznika ulicy (...) z Jarmarczną”. W czasie oględzin biegły mógł ocenić stan drogi i to kilka lat po przeprowadzeniu prac przez pozwaną. Biegły stwierdził, że widoczne podczas oględzin wykruszenia są związane ze zwykłą eksploatacją drogi, brakiem okresowych przeglądów i zabezpieczenia powstających wykruszeń. Podczas oględzin stwierdzono brak istnienia zagrożeń dla życia i zdrowia uczestników ruchu drogowego oraz możliwość normalnego użytkowania drogi, mimo że faktycznie doszło do zmniejszenia grubości warstw nawierzchni i mimo upływu kilku lat od oddania tej drogi do użytkowania. Stan drogi biegły udokumentował dodatkowo zdjęciami, które zostały wykonane w czasie oględzin drogi. Wniosek z opinii, że przedmiot umowy został wykonany w sposób prawidłowy – z wyjątkiem warstw bitumicznych nie został podważony skutecznie przez żadną ze stron. Poza sporem jest także i to, że powód odebrał prace bez zastrzeżeń, co wynika z protokołu odbioru robót. Ubocznie jedynie można zadać sobie pytanie, w jakim zakresie swoje obowiązki wykonywał inspektor nadzoru robót budowlanych z ramienia inwestora, skoro miał nadzorować prawidłowość prac i zgodność z projektem budowlanym.

Wnioski z opinii biegłego, Sąd uznał za logiczne i przekonujące.

Hipotetycznie gdyby nawet założyć, że należałoby wykonać sfrezowanie warstwy ścieralnej i wykonać ją ponownie, co wskazują we wnioskach w opinii prywatnej T. B. (2) i D. B. (2) (negatywne parametry nawierzchni drogi ul. (...) w J. mogą prowadzić do dalszej degradacji powierzchni, w związku z czym niezbędne jest sfrezowanie warstwy ścieralnej i wykonanie jej ponownie), to kosztorys inwestorski dotyczący naprawy nawierzchni, opracowany na zlecenie powódki w grudniu 2016 roku, (rozebranie warstwy ścieralnej i ponowne wykonanie warstw zgodnie z projektem) nie jest wiążący co do kosztów prac. Strona powodowa przeoczyła, że pozwany wnosząc o oddalenie powództwa, negocjował wysokość żądanej w pozwie kwoty. Powód w ogóle nie złożył wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego za zakresu kosztorysowania prac budowlanych, a zatem w tym zakresie w ogóle nie podolał obowiązkowi dowodowemu. Prywatny kosztorys przy kwestionowaniu go przez drugą stronę, nie może być podstawą dokonania w tym zakresie wiążących ustaleń.

Mając na uwadze, iż materiał dowodowy zgromadzony do daty zamknięcia rozprawy (protokół rozprawy z dnia 4 października 2021r.) był wystarczający do wyrokowania, Sąd ostatecznie pominął pozostałe wnioski dowodowe z przesłuchania świadków wnioskowanych przez stronę powodową (postanowienie k. 382).

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje :**

Powództwo okazało się częściowo zasadne.

W dniu 29 czerwca 2015 r. w rezultacie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych pomiędzy powódką Gminą J. z siedzibą w J. a pozwaną Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w K. została zawarta umowa o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na budowie łącznika ulicy (...) z Jarmarczną wraz z oświetleniem i kanalizacją deszczową, usunięcie kolizji z siecią energetyczną średniego napięcia oraz przebudowie istniejącego odcinka ulicy (...).

Należy wskazać, że zgodnie z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie nieuregulowanym w prawie zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy więc stosować wprost (a nie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego

Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Dochodząc swojego roszczenia, powódka wskazała, że podstawę prawną upatruje w zapisie umownym § 8 ust. 2 umowy – rękojmią za wady fizyczne rzeczy w zw. z art. 656§1 k.c., zgodnie z którym do rękojmi z umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umowy o dzieło.

(**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 ).

Stosownie do treści wskazanego przepisu, który nie może być rozszerzająco wykładany, wyłącznie w kwestiach w nim określonych możliwe jest odpowiednie stosowanie właściwych przepisów dotyczących umowy o dzieło. Będą to zatem przepisy art. 635, 636, 638, 644 k.c., **przy czym ze względu na kolejne odesłanie zawarte w art. 638 k.c. należy także odpowiednio stosować przepisy dotyczące rękojmi za wady przy sprzedaży**. Aktualnie ostatnio powołany przepis stwarza możliwość stosowania w zobowiązaniu z umowy o dzieło także przepisów o gwarancji z umowy sprzedaży. Przyjmuje się, że zakres odesłania z przepisu raczej nie zezwala na ocenę gwarancji udzielonej przez wykonawcę w oparciu o przepisy o gwarancji z umowy sprzedaży.

**Zgodnie z art. 638 § 1 k.c.** do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy **o rękojmi przy sprzedaży**. Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego. W myśl § 2 art. 638 k.c. , jeżeli zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio.

Należy wskazać, że uchylenie art. 637 k.c. spowodowało, że autonomiczna dotąd konstrukcja odpowiedzialności przyjmującego zamówienie za wady dzieła musiała zostać zastąpiona nowym rozwiązaniem. **Obecnie przyjmujący zamówienie odpowiada za wady fizyczne i za wady prawne dzieła tak jak sprzedawca, natomiast zamawiającemu przysługują analogiczne do kupującego uprawnienia**. Nie w pełni jednak straciło na znaczeniu rozróżnianie wad dzieła ze względu na możliwość ich usunięcia oraz ze względu na ich istotność, przy czym inaczej niż dotąd wpływa ono na kształt uprawnień zamawiającego (np. nieistotność wady dzieła eliminuje możliwość odstąpienia – art. 560 § 4 KC). Obecnie zarówno samo pojęcie wady fizycznej, jak i wady prawnej należy konstruować przy odpowiednim wykorzystaniu art. 556<sup>1</sup> k.c. i 556<sup>3</sup> k.c. Odwołując się do powołanych przepisów, należy zatem przyjmować, że **wada fizyczna** dzieła polega na jego **niezgodności z umową**. Dla ułatwienia KC wskazuje, że w szczególności może się to zdarzyć, jeżeli dzieło: 1) nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia; 2) nie ma właściwości, o których istnieniu przyjmujący zamówienie zapewnił zamawiającego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór; 3) nie nadaje się do celu, o którym zamawiający poinformował przyjmującego zamówienie przy zawarciu umowy, a ten nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia; 4) została zamawiającemu wydana w stanie niepełnym. Ponadto, należy mieć na uwadze, że z wadą fizyczną mamy do czynienia także w razie nieprawidłowego zamontowania i uruchomienia dzieła, jeżeli czynności te zostały wykonane przez przyjmującego zamówienie lub osobę trzecią, za którą ponosi on odpowiedzialność, albo przez zamawiającego, który postąpił według instrukcji otrzymanej od kontrahenta.

Jeśli chodzi o uprawnienia zamawiającego w ramach rękojmi, to może on żądać **obniżenia wynagrodzenia** lub **odstąpić od umowy**. Są to uprawnienia kształtujące. Należy zwrócić uwagę na fakt, że wspomniane uprawnienia mogą zostać unicestwione przez kontruprawnienie przyjmującego zamówienie, które stwarza mu możliwość niezwłocznego i bez nadmiernych niedogodności dla zamawiającego usunięcie wady, oraz – jak się wydaje – możliwość jego wymiany, co w tym przypadku należałoby rozumieć jako stworzenie go na nowo. Niezależnie

od wymienionych wyżej uprawnień, zamawiającemu służą roszczenia, może ona żądać stworzenia na nowo dzieła (**wymiany**) albo **usunięcia wady**.

Odesłanie wynikające z art. 656 § 1 w zw. z art. 638 § 1 k.c. nakazuje odpowiednie stosowanie wszystkich przepisów o rękojmi, jednak z przyczyn wynikających ze specyfiki przedmiotu umowy o roboty budowlane część przepisów będzie miała zastosowanie jedynie w ograniczonym zakresie, a część w ogóle nie znajdzie zastosowania. I tak zastosowanie do wad robót budowlanych zastosowanie znaleźć powinny art. 556–556<sup>2</sup>, 557–561<sup>5</sup>, 563–566, 568, 576 k.c.

Do rękojmi za wady dzieła mają zastosowanie, przewidziane w odniesieniu do rękojmi związanej ze sprzedażą, przepisy o zawiadomieniu drugiej strony w określonym terminie o wykryciu wad oraz o utracie uprawnień w razie niezachowania tego terminu. Z momentem wydania dzieła rozpoczyna się bieg terminów, po upływie których wygasają uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne (art. 568 k.c.) lub wady prawne (art. 576 k.c.). Wydanie dzieła ma znaczenie również dla postanowień zawartych w art. 566 § 1 k.c. i art. 574 k.c. dotyczących odszkodowań w wypadku rękojmi. Roszczenie kupującego o obniżenie ceny rzeczy wadliwej wygasa po upływie terminu wskazanego w art. 568 § 1 k.c.

Kluczowym uprawnieniem inwestora z rękojmi jest roszczenie o usunięcie wady obiektu/efektu wykonanych robót budowlanych

Nie można jednak przeoczyć, że zgodnie z art. 561 § 3 k.c. wykonawca może odmówić zadośćuczynienia żądaniu inwestora, jeżeli doprowadzenie do zgodności z umową rzeczy wadliwej w sposób wybrany przez inwestora jest niemożliwe albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z umową wymagałoby nadmiernych kosztów. Jeżeli inwestorem jest przedsiębiorca, wykonawca może odmówić wymiany wadliwego elementu na wolny od wad lub usunięcia wady także wtedy, gdy koszty zadośćuczynienia temu obowiązkowi przewyższają cenę wadliwego elementu. Strony w umowie o roboty budowlane mogą postanowić, że wykonawca będzie zobowiązany usunąć wadę bez względu na koszty wykonania tego obowiązku.

Już w umowie można przewidzieć, co będzie składać się na ewentualną wartość obniżenia wynagrodzenia, w sytuacji stwierdzenia wady nieistotnej, ale nieusuwalnej, względnie takiej, która (bez względu na przyczynę) nie zostanie przez wykonawcę usunięta. Strony mogą też przyjąć poziom procentowy upustu (rabatu) od wartości wadliwych robót – w przypadku istnienia kosztorysu ofertowego, względnie innych punktów odniesienia ustalenia wartości (przy wynagrodzeniu ryczałtowym). Wątpliwe jest, aby udało się ustalić sposób obliczenia wartości obniżenia co do wszelkich wad, jednak strony mogą przewidzieć ten sposób jedynie dla pewnego zakresu wad, a pozostałe poddać zasadom ogólnym.

W przedmiotowej sprawie z ustalonych okoliczności wynika, że:

- roboty budowlane zostały odebrane bez żadnych zastrzeżeń przez inwestora i uznał on, że umowa została należycie wykonana przez stronę pozwaną,
- po odebraniu robót, w okresie objętym rękojmią inwestor wykrył wady w pracach budowlanych,
- po wykryciu wad inwestor jako zamawiający dokonał aktów staranności i zawiadomił wykonawcę o wadzie,
- wada ma charakter fizyczny i polega na tym, że droga ma mniejszą grubość warstw bitumicznych,
- jednakże wada ta mimo upływu lat nie spowodowała degradacji drogi, braku użyteczności, stan nawierzchni nie jest żadnym zagrożeniem dla ruchu drogowego, a drobne wykruszenia są efektem nie tej wady, ale normalnej eksploatacji,
- ocena skutków i charakteru tej wady czyni niezasadnym żądanie pokrycia kosztów usunięcia tej wady poprzez zeszlifowanie-frezowanie warstw i wykonanie nawierzchni bitumicznej na nowo,

- nie można przeoczyć, że w samej umowie (załącznik) strony przewidziały obniżenie wynagrodzenia wykonawcy procentowo za zmniejszenie warstw.

Zgodnie także z art. 560 § 3 k.c. obniżona cena powinna pozostawać w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy, w jakiej wartość rzeczy z wadą pozostaje do wartości rzeczy bez wady.

W ocenie stanu faktycznego, nie można pominąć, że powódka nie wykonywała sama drobnych napraw, konserwacji drogi, co mogłoby nawet wyeliminować drobne wykruszenia, spękania związane ze zwykłym użytkowaniem nawierzchni.

Mając na uwadze powyższe, Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 43.599,38 zł jako sumę adekwatną do obniżenia wartości dzieła, w tym przypadku prac budowlanych, według wyliczenia uwzględniającego umowę stron i (...) **(Szczegółową Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych), jako załącznika do umowy- (zapis - (...)05.03.05a oraz D-05.03.05b) :**

1. Potrącenie za niewłaściwą grubość warstwy wiążącej - 3600m<sup>2</sup>, cena za 1 m<sup>2</sup>- 36,27zł, koszt warstwy wiążącej 130.572zł, ułożona grubość 77,8%, brakująca grubość 22,2%, **koszt potrąceń 28.986,98zł,**

2. Potrącenie za niewłaściwą grubość warstwy ścieralnej - 3600m<sup>2</sup>, cena za 1 m<sup>2</sup>- 22,55zł, koszt warstwy ścieralnej 81.180 zł, ułożona grubość 82%, brakująca grubość 18 %, **koszt potrąceń 14.612,40 zł.**

Łącznie potrącenia z pkt 1 i 2= **43.599,38zł. Powyższą kwotę Sąd zasądził jako adekwatne obniżenie wartości prac, tym bardziej, jak już wskazano, brak podstaw do przeprowadzenia napraw drogi w zakresie opisywanym przez powoda.**

Kwota należna strona powodowie podlega powiększeniu o odsetki ustawowe za opóźnienie za okres od 28 czerwca 2016 roku, czyli za okres od momentu bezskutecznego upływu 14-dniowego terminu zakreślonego pozwanej do usunięcia wad przedmiotu umowy wskazanych w treści pisma powódki z dnia 13 czerwca 2016 r. Wezwanie do próby ugodowej przerwało bieg przedawnienia roszczenia o odsetki (wezwanie do próby ugodowej luty 2019r., zakończenie postępowania - ICo 354/19 - dnia 9 maja 2019r. k. 67 akt). Od dnia 10 maja 2019r. odsetki biegną na nowo od lutego 2016r. (art.117 par.1 k.c., art.118 k.c.).

Mając powyższe, na uwadze Sąd uznał podnoszony zarzut przedawnienia pozwanej w zakresie żądania odsetek ustawowych za niezasadny .

W pozostałym zakresie Sąd oddalił powództwo jako niezasadne.

O kosztach procesu Sąd orzekł na zasadzie art. 100 zd. 1 k.p.c. (stosunkowy rozdział).

Powódka wygrała sprawę jedynie w 14 %.

Koszty procesu powoda , to opłata od pozwu 15.571 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 10.800zł, opłata od pełnomocnictwa 17zł = 28.566,80 zł.

Koszty procesu pozwanej, to wynagrodzenie pełnomocnika 10.800 zł, opłata od pełnomocnictwa 17zł=10.817zł.

Całość kosztów procesu po obu stronach, to 39.383,80 zł, z tego 14%, to 5513,73zł. Skoro pozwana podniosła 10.817zł, to różnicę (10.817zł -5513,73zł), 5.303,27 zł powinna powódka zwrócić na rzecz pozwanej.

Zgodnie z zasadą stosunkowego rozdziału kosztów procesu, Sąd zobowiązał strony do pokrycia wydatków tymczasowo uiszczonych z budżetu Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi, na co składały się zwrot wydatków związanych ze stawiennictwem świadka M. J. - w kwocie 345,94 zł i wynagrodzenie biegłego w kwocie 643,30 zł. Powódka wygrała

proces jedynie w 14 %, w związku z czym zobligowana jest do uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Łodzi kwoty 850,75 zł, a pozwana kwoty 138,49 zł.

## ZARZĄDZENIE

1. ***Odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron przez portal informacyjny,***
2. Projekt uzasadnienia przygotowany przez asystenta-niezaakceptowany przez sędziego, projekt uzasadnienia sporządzony przez sędziego.

10,XI,21r. SSO Barbara Kubasik