

**Sygn. akt VI GC 228/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 27 stycznia 2015 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Renata Bober

**Protokolant: st.sekr.sądowy Agnieszka Krztoń**

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółki z o.o. w likwidacji z/s w L.

przeciwko:

1. (...) Spółce Akcyjnej w W.
2. (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R.

o zapłatę 1.117.568 zł

oraz z pozwu wzajemnego

(...) Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko (...) Spółce z o.o. w likwidacji z/s w L.

o zapłatę 2.802.444 zł

I. zasądza solidarnie od pozwanych (...) Spółki Akcyjnej w W.

i (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich w R. na rzecz powoda (...) Spółki z o.o. w likwidacji z/s w L. kwotę 981.157,84 zł (dziewięćset osiemdziesiąt jeden tysięcy sto pięćdziesiąt siedem złotych 84/100) z ustawowymi odsetkami:

a/. od pozwanego (...) SA z/s w W.:

- od kwoty 848.121,88 od dnia 7 grudnia 2012 do dnia zapłaty,
- od kwoty 133.035,96 zł od dnia 27 października 2012r. do dnia zapłaty,

b/. od pozwanego (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich w R.:

- od dnia 10 stycznia 2013r. do dnia zapłaty,

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie,

III. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 53.758 zł (pięćdziesiąt trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania,

z powództwa wzajemnego

I. oddała pozew wzajemny,

II. zasądza od powoda wzajemnego (...) SA z/s w W. na rzecz pozwanego wzajemnego (...) Spółki z o.o. w likwidacji z/s w L. kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

**Sygn. akt VI GC 228/13**

## UZASADNIENIE

wyroku z dnia 27 stycznia 2015r.

Powód (...) Spółka z o.o. z/s w L. w likwidacji wniósł o zasądzenie od pozwanych (...) Spółki Akcyjnej w W. oraz (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich w R. solidarnie kwoty 1.117.568 zł z ustawowymi odsetkami oraz kosztami postępowania.

W uzasadnieniu podał, że w dniu 16 września 2010r. pozwany (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. zawarł z (...) SA w W. umowę o roboty budowlane, przedmiotem której była realizacja inwestycji „Budowa drogi dojazdowej do przejścia granicznego oraz przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) D. – L. – K. – G. Państwa na odcinku L. – B.”.

W dniu 28 lutego 2011r. (...) SA zawarł z powodem umowę podwykonawczą w zakresie w/wym. robót. Zgodnie z jej treścią powód był zobowiązany wykonać roboty bitumiczne na budowanym odcinku L. – K. od km 6 + 176 do km 17 + 550 w zakresach określonych w załączniku nr 1 do umowy, tj. kosztorysie rozliczeniowym podwykonawcy. W rzeczywistości załącznik ten nie stanowił kosztorysu rozliczeniowego, a jedynie kosztorys ofertowy powoda. Rozliczenie za roboty przez niego wykonane następowało na podstawie faktur częściowych, wystawionych za okresy miesięczne. W dniu 29 października 2012r. roboty drogowe objęte powyższą umową zostały odebrane przez komisję odbioru ostatecznego, w skład której wchodził min. przedstawiciel pozwanej spółki oraz Inżyniera Kontraktu. W protokole odbioru odnotowano, że komisja uznała inwestycję za wykonaną poprawnie, a jakość odebranych robót za dobrą. Stwierdzono w nim także, że roboty zakończono w dniu 15 października 2012r., zgodnie z umownym terminem. Pomimo tego (...) SA nie uregulował powodowi części przedstawionych do zapłaty faktur VAT, które to faktury zostały zamawiającemu dostarczone wraz z dokumentami określającymi ilość wykonanych robót w danym miesiącu kalendarzowym, ich obmiar wraz z innymi niezbędnymi dokumentami, zgodnie z wymaganiami tego podmiotu, a następnie zostały podpisane przez osobę uprawnioną do ich odbioru w dniu 5 listopada 2012r.

W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty zamawiający przesłał natomiast powodowi notę księgową z dnia 29 stycznia 2013r. z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie robót w ramach innej umowy podwykonawczej, tj. umowy z dnia 26.10.2010r., a także notę księgową z dnia 29.01.2013r. z tytułu kosztów wykonania zastępczego w ramach realizacji umowy podwykonawczej z dnia 28 lutego 2011r. Strona powodowa uznała powyższe noty za bezzasadne zwracając je pozwanej. Ostatecznie pozwany (...) SA w oświadczeniu o potrąceniu wierzytelności z dnia 5 marca 2013r. uznał swój dług wobec powoda w kwocie dochodzonej niniejszym pozwem, potrącając go z wierzytelnością własną z tytułu kar umownych oraz kosztów wykonawstwa zastępczego.

Powód wskazał, że zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 kc zarówno pozwany - jako zamawiający, jak i pozwany 2 – inwestor ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, na podstawie umowy z dnia 28 lutego 2011r. Wskazał, że inwestor bez wątplenia miał wiedzę o treści tej umowy, na co wskazuje min. oświadczenie wykonawcy sporządzone w dniu 30 marca 2011r. – dostarczone do inwestora w dniu 20 kwietnia 2011r., w którym wyraźnie poinformował go, że zawarł dwie umowy z podwykonawcą, tj. (...) Przedsiębiorstwem (...), a mianowicie umowę z dnia 26.10.2010r. oraz z dnia 28.02.2011r. Inwestor przyjął powyższą informację do wiadomości. To zachowanie zaś, w ocenie powoda, stanowiło wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie tych umów w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 kc, co najmniej w sposób dorozumiany czynny. Inwestor poinformowany był o treści tej umowy, a przynajmniej miał możliwość z nią się zapoznać. Twierdzenia natomiast podnoszone w późniejszym okresie przez inwestora, że do zawarcia umowy z podwykonawcą potrzebna była jego

zgoda – należało uznać za bezpodstawne. W świetle art. 647<sup>1</sup> § 6 kc solidarna odpowiedzialność inwestora, wykonawcy oraz kontrahenta dalszego podwykonawcy nie może być wyłączona w umowie o roboty budowlane.

W odpowiedzi na pozew pozwany (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzucił po pierwsze, że generalny wykonawca, tj. (...) SA w W. miał prawo zawrzeć umowy z podwykonawcami, ale jedynie zgodnie z zasadami określonymi w umowie łączącej go z inwestorem. O tym natomiast stanowiła subklauzula 4.4 podwykonawcy, która wymagała zgody pisemnej Inżyniera Kontraktu na podzlecenie robót podwykonawcy. Warunek ten nie został dopełniony. Pozwany zarzucił też, że w chwili obecnej jest w posiadaniu jedynie samych umów, bez załączników do nich określających dokładny zakres robót oraz wysokość należnego z tego tytułu wynagrodzenia, a także zawierających kosztorys rozliczeniowy podwykonawcy, harmonogram robót i specyfikacje techniczne. Podkreślił, że zgodnie z umową o realizację inwestycji zawartą pomiędzy pozwanymi – podwykonawca miałby możliwość bezpośredniego domagania się zapłaty od zamawiającego gdyby w umowie podwykonawczej była przewidziana taka możliwość, a ponadto, gdyby podwykonawca wystąpił do Inżyniera ze skargą, że wykonawca nie reguluje należności zaaprobowanych faktur. Ponadto subklauzula 14.6 przewidywała możliwość potrącenia z każdego przejściowego świadectwa płatności należności dla podwykonawcy, jeżeli ten zwróciłby się do zamawiającego z kopią dla Inżyniera o dokonanie bezpośredniej zapłaty na podstawie subklauzuli 4.4, a wykonawca nie dostarczyłby dowodów na to, że odmowa zapłaty była wystarczająco uzasadniona na mocy postanowień kontraktu oraz, że podwykonawca został o tym uzasadnieniu powiadomiony w odpowiednim czasie. Zarzucił też, że wystąpił zarówno do Inżyniera Kontraktu jak i do wykonawcy o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji, a Inżynier K. nie miał informacji na temat zaległości wobec powoda. Generalny wykonawca wyjaśniał natomiast, że część należności wynikającej z wezwania została potrącona w związku z nienależytym wykonaniem robót przez powoda, a część kwoty została zatrzymana w związku z nieuzyskaniem parametrów jakościowych warstwy SMA. Żądane więc obecnie niniejszym pozwem przez powoda należności - są wynikiem wzajemnych rozliczeń wynikających z usuwania usterek oraz wykonania zastępczego przy robotach bitumicznych. To zaś musi powodować odmowę ich zapłaty, bowiem zamawiający odmówił powyższego ze względu na nienależyte wykonanie umów podwykonawczych, jak też z uwagi na niezachowanie ustalonego sposobu zgłaszania roszczeń do zamawiającego.

Pozwany (...) SA z/s w W. w piśmie z dnia 26.07.2013r. również wniósł o oddalenie powództwa składając w nim jednocześnie pozew wzajemny, w którym domagał się zapłaty od powoda (pозwanego wzajemnego) kwoty 2.802.443,37 zł.

Odpowiadając na pozew strony powodowej pozwany zarzucił, że odnośnie umowy podwykonawczej z dnia 26.10.2010r. strony ustaliły, iż będzie ona zrealizowana w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.10.2011r. Rozpoczęcie prac winno natomiast być nastąpić po protokolarnym wprowadzeniu powoda na budowę, co miało miejsce w dniu 3.11.2010r. Zgodnie z umową powód obowiązany był realizować tę umowę zgodnie z harmonogramem przez pozwanego przedstawionym, jednak w toku realizacji prac pozwany wyraził zgodę na to, że to powód przedstawi harmonogram rzeczowo finansowy realizacji umowy. Harmonogram ten przedstawiony został w dniu 3.02.2011, a następnie przekazany został inwestorowi do akceptacji. Powód, pomimo tego, że sam przygotował harmonogram nie dotrzymał pierwszego planowanego terminu rozpoczęcia robót, tj. 1.04.2011r. i to spowodowało, że pozwany zmuszony był wezwać go do niezwłocznego rozpoczęcia realizacji prac. Powyższe powtarzało się przez cały okres ich realizacji. Pismem z dnia 2.08.2011r. pozwany wskazał powodowi na fakt, że do tego dnia upłynęło już 75 % czasu przewidzianego na realizację umowy, a wykonano jedynie 25 % jej przedmiotu. W związku z powyższym pozwany wezwał powoda do przedstawienia programu naprawczego. Program ten został przedstawiony (ze wskazaniem ilości robót do wykonania) w miesiącu sierpniu 2011r. i z zapewnieniem, że umowa zostanie wykonana zgodnie z harmonogramem, a termin ostateczny zakończenia prac zostanie zachowany. Mimo powyższego powód nie przyspieszył robót, co skutkowało ponownym wezwaniem go do przedstawienia uaktualnionego harmonogramu zakończenia prac, jak też zobowiązaniem do przedstawienia wszystkich niezbędnych badań, pomiarów i atestów wymaganych szczegółową specyfikacją techniczną. Powód w dniu 30.10.2011r. zgłosił pozwanemu zakończenie robót

z tej umowy, jednak na ten dzień nie wykonał warstwy ścieralnej na drodze głównej oraz nie zakończył robót na drogach serwisowych, zbiornikach i rowach. Ponowne zgłoszenie zakończenia robót miało miejsce pismem z dnia 16.11.2011r., ale i to zgłoszenie zostało odrzucone przez pozwanego, z uwagi na to, że przedmiot umowy nie był gotowy do przeprowadzenia odbioru końcowego. Stwierdzone były liczne usterki, min. rozmywające się skarpy, niewłaściwie wykonane nawierzchnie na drogach serwisowych oraz brak umocnienia skarp. Powód roboty bitumiczne z tej umowy wykonywał jeszcze w pierwszych miesiącach 2012r., w piśmie z 12.04.2012r. pozwany domagał się nadto od powoda również przekazania kompletnego operatu kolaudacyjnego – co wskazuje, że w tym czasie powód nie wypełnił także obowiązków wynikających z paragrafu 7 pkt 1 tej umowy.

Mając to na względzie pozwany na podstawie paragrafu 16 ust 1 umowy nr (...) naliczył kary umowne za nieterminowe wykonanie robót w maksymalnej wysokości 10 % wartości umowy, ponieważ liczba dni zwłoki wykraczała ponad ustalony przez stron limit wartości kar. Z tego tytułu wystawił notę obciążeniową na kwotę 859.551,72 zł i kwotę tą przedstawił do potrącenia z wierzytelnością powoda.

Pozwany zarzucił także, że w umowie nr (...) strony ustaliły, że prace objęte tą umową wykonane zostaną w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31.08.2012r. Także w toku realizacji tej umowy, z uwagi na zwłokę w jej wykonaniu, a także wadliwie jej wykonywanie pozwany wielokrotnie wzywał powoda do przyspieszenia realizacji umowy, zwiększenia dostaw materiału oraz zwiększenia potencjału ludzkiego i sprzętowego. Także i w tym przypadku powód przedstawił pozwanemu program naprawczy przedstawiając minimalne ilości robót do wykonania w miesiącu sierpniu. Pismem z dnia 26.08.2011r. pozwany wskazał powodowi na zagrożenie niewykonania odpowiedniej ilości robót w nadchodzącym okresie rozliczeniowym, wskazując jednocześnie, iż niezbędne jest zapewnienie przez niego dostaw masy bitumicznej w ilości minimum dziesięć tysięcy ton dziennie przy pracy dwóch zespołów roboczych. Ponieważ powód do tego się nie dostosował, pozwany pismem z dnia 30 sierpnia 2011r. ponownie wezwał go do zwiększenia ilości dostaw masy bitumicznej oraz zwiększenia potencjału ludzkiego. W odpowiedzi powód oświadczył, że na poczet wykonania umowy nr (...) może dostarczyć maksymalnie 9 tys. ton masy bitumicznej, co jednak nie było ilością wystarczającą do terminowego wykonania umowy, bowiem zapotrzebowanie określone zostało na 24 tys. ton. Z uwagi na znaczne opóźnienie powoda w realizacji tej umowy oraz brak podejmowania z jego strony jakichkolwiek działań naprawczych pozwany był zmuszony zaangażować dodatkowego wykonawcę, tj. spółkę (...) SA celem nadrobienia opóźnień powstałych w roku 2011 z winy powoda. Zawarcie umowy z firmą (...) było niezbędne do dochowania terminu kamienia milowego, w przeciwnym wypadku inwestycja współfinansowana ze środków Unii Europejskiej mogła mieć problemy z bieżącym finansowaniem. Nie dotrzymanie terminu kamienia milowego skutkowałoby również poniesieniem dotkliwych kar umownych przez generalnego wykonawcę. W wyniku wprowadzenia wykonawstwa zastępczego - pozwany (...) SA poniósł zwiększone koszty w wysokości 917.020, 51 zł. Nadto pozwany odnośnie tej umowy zarzucił, że nienależyte jej wykonywanie spowodowało powstanie licznych wad w przedmiocie umowy i konieczność wielokrotnych napraw. Pomimo, iż przedmiot umowy winien być zakończony do dnia 31 sierpnia 2012r., powód jeszcze po upływie tej daty był w zwłoce z wykonywaniem robót, na co wskazuje pismo pozwanego z dnia 20.09.2012r. Roboty bitumiczne zostały ukończone dopiero w dniu 26.09.2012r., a zgłoszenie do odbioru końcowego datowane na dzień 31.08.2012r. wpłynęło do pozwanego dopiero w dniu 2.10.2012r. W odpowiedzi na to zgłoszenie pozwany wyznaczył termin odbioru na dzień 11.10.2012r., wskazując w piśmie z dnia 8.10.2012r. na dodatkowe braki w przedmiocie umowy, które powód winien zakończyć przed wyznaczonym dniem odbioru. Za nieterminowe wykonanie przedmiotu tej umowy pozwany naliczył karę umowną na podstawie paragrafu 16 ust 1 umowy w kwocie 2.143.439,14 zł i kwotę tą przedstawił również do potrącenia z wierzytelnością przysługującą powodowi w stosunku do niego wynikającą z umowy podwykonawczej z dnia 28.02.2011r.

Pozwany zarzucił, że powód nie wykonał całości robót objętych umowami, szereg prac wykonanych było nieprawidłowo i wymagały one poprawek, a dużej części wykonania od początku. Przedstawiony przez powoda natomiast protokół odbioru prac których dotyczyła umowa pierwsza jest dokumentem sporządzonym pomiędzy generalnym wykonawcą a inwestorem, stwierdzającym ich wykonanie, ale już po realizacji całości prac, min. przez wykonawcę zastępczego. Pozwany zarzucił nadto, że oprócz błędów w realizacji prac poczynionych przez powoda wykonywał on je również po terminie ustalonym w treści obu umów. W rzeczywistości powód robót nie ukończył,

wykonał je nieprawidłowo i w ogóle nie przystąpił do odbioru końcowego. W/wym. okoliczności wskazują, w ocenie pozwanego jednoznacznie, iż powód dopuścił się zwłoki w wykonywaniu prac, a to uprawniało go do naliczania kar umownych z tego tytułu. Przekroczenie terminów zakończenia robót było wyłącznie zawinione przez powoda, tym bardziej, że na podstawie umowy nr (...) był on zobowiązany do kompleksowego wykonania drogi od podstaw wraz z dostawą materiałów.

Uzasadniając powództwo wzajemne powód wzajemny w pierwszej kolejności wskazał, że jego łączne roszczenie w stosunku do pozwanego wzajemnego z tytułu kar umownych za zwłokę w realizacji obu umów oraz kosztów wykonawstwa zastępczego wynosi 3.920.011,37 zł . Wobec faktu, że do potrącenia z wierzytelnością powoda przedstawił wierzytelność w kwocie 1.117.568,00 zł - pozostaje do zapłaty kwota 2.802.443,37 zł tytułem zwiększonych kosztów poniesionych przez powoda wzajemnego w celu prawidłowego i terminowego wykonania umowy z dnia 28.02.2011r., tj. wykonawstwa zastępczego firmy (...), a także kwota 1.885.422,86 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu obu umów podwykonawczych. Odnosząc się do kwestii wykonawstwa zastępczego, podtrzymując wcześniej przedstawione argumenty powód wzajemny podniósł, że co do zasady o wartość wykonawstwa zastępczego powinno zostać obniżone wynagrodzenie z umowy, ponieważ w tym zakresie roboty wykonywał inny podmiot niż zobowiązany, a powstała różnica w stosunku do wartości z umowy podmiot zobowiązany powinien zostać obciążony. Opóźnienia powoda w stosunku do harmonogramu , niewystarczające zaangażowanie potencjału bitumicznego, nie pozwoliły mu na terminowe dokończenie prac, a to spowodowało konieczność zatrudnienia wykonawcy zastępczego. Wykonawca ten był niezbędny dla zachowania terminu realizacji robót. Korespondencja prowadzona pomiędzy stronami wskazuje, że pozwany wzajemny w ogóle nie miał możliwości i potencjału do wykonania robót w terminie, pomimo tego, że obecny na każdej naradzie – miał świadomość tempa prac i zbliżających się terminów. W tej sytuacji poniesione przez powoda wzajemnego koszty z tytułu wykonawstwa zastępczego znajdują oparcie w zapisach umownych i są w pełni zasadne.

W odpowiedzi na pozew wzajemny strona powodowa zaprzeczyła wszelkim okolicznościom wskazanym przez pozwanego generalnego wykonawcę (powoda wzajemnego) w złożonym przez niego piśmie procesowym i zakwestionowała istnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia zarówno co do zasady, jak i co do wysokości.

Przede wszystkim powód wskazał, że pozwany nie sprecyzował sposobu wyliczenia kar umownych, wobec czego wierzytelność jego w tym zakresie należało uznać za nieudowodnioną. Nadto, że pozwany dwukrotnie składał oświadczenia o potrąceniu, tj. w dniu 5.03.2013r. i 11.04.2013r., choć wierzytelność raz umorzona przez potrącenie – nie może być już jako nieistniejąca przedmiotem ponownego potrącenia. Podniósł również, że powód wzajemny nie udowodnił także wysokości rzekomej wierzytelności powstałej z tytułu zwiększonych kosztów związanych z wykonawstwem zastępczym, ograniczając się jedynie do przedstawienia wydruku komputerowego i pliku dokumentów pod zbiorczą nazwą „zestawienie rozliczenia strat na ułożenie mas bitumicznych na podstawie umowy podwykonawczej ze spółką (...) SA”. Żadne działania ratunkowe dokonane na podstawie tego zestawienia nie potwierdzają jednak wysokości roszczenia powoda wzajemnego. Nadto oświadczył, że powód wzajemny nie wyjaśnił również, w jaki sposób wyliczył kwotę wierzytelności z tego tytułu. Wydruk komputerowy zaś, który przedstawia nie może zostać uznany za dokument w świetle przepisów art. 244 i 245 kpc.

Odnosząc się szczegółowo do wierzytelności przedstawionych przez stronę pozwaną (powoda wzajemnego) podniósł, że wierzytelności te są bezzasadne w całości. Dotyczy to zarówno kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu obu umów, jak też kosztów wykonawstwa zastępczego. Odnosząc się do pierwszej z umów strona powodowa podała, że fakt prawidłowego jej wykonania potwierdza nie tylko protokół odbioru ostatecznego z dnia 29.10.2012r., ale także uregulowanie przez (...) SA należności z tytułu wykonania tej umowy w całości. Wyjaśniła, że pismem z dnia 30.10.2011r. zgłosiła do odbioru roboty drogowe objęte tą umową. W odpowiedzi na powyższe zgłoszenie pozwany arbitralnie oświadczył, że roboty nie zostały zakończone, co skutkowało ponownym ich zgłoszeniem pismem z dnia 16.11.2011r. Również pomimo tego zgłoszenia pozwany pismem z dnia 29.11.2011r. po raz drugi bezprawnie odmówił odbioru robót wskazując na ich wadliwość. W ocenie strony powodowej wskazywane przez niego wady nie tylko nie miały charakteru wady istotnej, lecz ostatecznie zostały zaakceptowane przez inspektora nadzoru robót drogowych poprzez naniesienie rzeczywistej niwelety wykonanej już drogi na projekt. Taki rodzaj

działania wskazuje, że pozwany dopuścił się naruszenia swojego podstawowego obowiązku przewidzianego normą art. 647 kc a także postanowienia paragrafu 3 pkt 5 umowy nr (...) i postanowienia paragrafu 7 umowy nr (...) dot. odbioru robót wykonanych przez powoda. Na pozwanym spoczywał bowiem obowiązek przystąpienia do czynności odbiorowych, a następnie, w zależności do wyniku, odebrania tych robót z pokwitowaniem spełnienia świadczenia bądź odmowy odbioru z zachowaniem przewidzianej w umowie formy protokolarnej. Protokół taki winien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości, ewentualnych usterek, ich charakteru wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia lub oświadczeniem o wyborze innego uprawnienia. Pozwany podkreślił, że wykonał przedmiot umowy nr (...) w dacie zgłoszenia go do odbioru, tj. w dniu 16 listopada 2011r. W tym dniu uczynił zadość wszystkim swoim obowiązkom z umowy tej wynikającym. Ewentualne usterki nie mają natomiast wpływu na ocenę dotyczącą wykonania w powyższej dacie tego obowiązku. Strona powodowa wskazała także, że 16-dniowe opóźnienie w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) nastąpiło na skutek okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności. W trakcie realizacji umowy natrafiła bowiem na szereg zdarzeń uniemożliwiających jej wykonanie w umówionym terminie. Zdarzenia te zaistniały bądź na skutek działań pozwanego bądź wystąpienia czynników zewnętrznych, niezależnych od stron, takich jak niekorzystne warunki pogodowe. Pozwany nie dopełnił swojego obowiązku przygotowania harmonogramu, według którego prace miały być wykonywane. Ustne ustalenia pomiędzy stronami przenoszące odpowiedzialność za sporządzenie tego harmonogramu na stronę powodową należy uznać za bezpodstawne w świetle postanowień paragrafu 17 w zw. z normą art. 76 kc. Niemniej, pomimo tego, powód niezwłocznie przystąpił do realizacji umowy, na co wyraźnie wskazują zapisy w dzienniku budowy. W dniu 1.04.2011r. miał przystąpić do kolejnego etapu robót, jednakże niekorzystne warunki pogodowe uniemożliwiły powyższe. Przerwa w wykonywaniu prac trwała do 12.04.2011r. Powód podkreślił, że w sezonie zimowym przypadającym na lata 2010 – 2011 miały miejsce ponadprzeciętne opady atmosferyczne, w wyniku których nastąpiło podniesienie poziomu wód podziemnych i przekroczenie optymalnej wilgotności powietrza. W marcu i na początku kwietnia 2011r. korpus drogowy był przemoczony, a na terenie budowy występowały zastoiny wodne. Dodatkowo wystąpił problem z odwodnieniem terenu budowy, za które odpowiada wyłącznie strona pozwana, która nie przekazała powodowi projektu uwzględniającego miejsca odpływu wód powierzchniowych.

Kolejna obiektywna – pogodowa przeszkoda miała miejsce w dniach od 18 do 27 czerwca 2011r., bowiem wówczas nadmierne opady atmosferyczne uniemożliwiały realizację zaplanowanych robót. Także brak recept na stabilizację gruntu, problem z zatwierdzeniem tych recept, zmiana technologii wykonania stabilizacji przez pozwanego w sposób istotny wypłynęły na termin wykonania prac przez powoda. Powyższe utrudnienie zostało wykryte w połowie kwietnia 2011r., a usunięte dopiero pod koniec maja 2011. Strony ustaliły też, że do dnia 6 czerwca 2011r. opracują szczegółowy Plan Zapewnienia Jakości PZJ na wykonanie dolnej i górnej warstwy stabilizacji gruntu cementem, z uwzględnieniem uaktualnionych receptur i ustaleń technologicznych. Ponieważ przystąpienie do realizacji kolejnych etapów robót było uzależnione od odebrania przez Inspektora w/wym warstwy stabilizacji, to należy stwierdzić, że powód doznał niezależnej od niego przeszkody w wykonywaniu zaplanowanych prac.

Także brak pełnej dokumentacji technicznej, brak danych projektowych, min. zbiorników odparowujących, rowów oraz dróg bocznych trzeba również uznać za przyczynę wpływającą na opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...). Również brak właściwej obsługi geodezyjnej inwestycji miał wpływ na powyższe. W trakcie dyskusji na spotkaniach rady budowy podnoszono, że na przedmiotowej budowie powinny być co najmniej dwa zespoły geodezyjne do inwentaryzacji i do odkrywek. Zbyt mała liczba geodetów jest przyczyną pomyłek i opóźnień w sporządzaniu operatów, a co za tym idzie obmiarów składanych do płatności. Pomimo tych przeszkód strona powodowa była gotowa do wykonania umowy przed upływem umówionego terminu, tj. do dnia 30.10.2011r. Pismem z dnia 24.10.2011r. zwróciła się bowiem z prośbą o wyrażenie zgody na ułożenie warstwy ścieralnej na drodze głównej w dniach 26 do 29 października 2011r. W odpowiedzi pozwany oświadczył, że może to nastąpić po spełnieniu warunków określonych w piśmie Inspektora Nadzoru (...) z dnia 24.10.2011r., przy czym powyższe warunki stanowiły okoliczności niezależne od powoda. Ostatecznie pozwany arbitralnie uznał, że nie wystąpi do Inspektora Nadzoru Robót Drogowych o wyrażenie zgody na układanie masy w proponowanym terminie – wobec czego należy uznać, że opóźnienie powoda w ułożenie warstwy ścieralnej nie jest wynikiem okoliczności za które powód ponosi odpowiedzialność.

Odnosząc się do umowy nr (...) strona powodowa przede wszystkim podniosła, że pozwany nie wykazał wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia wynikającej z tej umowy. Podkreślił, że roboty drogowe nią objęte zostały wykonane prawidłowo, czego potwierdzeniem jest nie tylko protokół odbioru ostatecznego z dnia 29.10.2012., ale także fakt uznania powództwa przez stronę pozwaną wskutek złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności.

Oświadczył, że przedmiot tej umowy został wykonany w dniu 26.09.2012r. Okoliczność ta została przez stronę pozwaną przyznana, w tym dniu powód zgłosił do odbioru w/wym. roboty. Strona powodowa zaprzeczyła twierdzeniom pozwanego, że pismem z dnia 3.10.2012r. odpowiedział na zgłoszenie do odbioru – wyznaczając jego termin na dzień 11.10.2012r., bowiem wg niej pozwany ograniczył się wyłącznie do wyznaczenia terminu przeglądu technicznego. Pozwany w ogóle nie przystąpił do procedury odbioru zgodnie z postanowieniami umowy, dopuszczając się tym samym naruszenia obowiązków na nim spoczywających wynikających z postanowień tej umowy.

Strona powodowa podkreśliła, że 26-dniowe opóźnienie wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W trakcie jej wykonywania natrafiła bowiem na szereg przeszkód uniemożliwiających wykonywanie prac. Pierwszą z nich było nieterminowe przekazanie jej placu budowy. Do realizacji umowy nr (...) strona powodowa planowała przystąpić w kwietniu 2011r., na skutek jednak opóźnień pozwanego w przekazaniu placu budowy pierwsze prace rozpoczęte zostały dopiero w czerwcu 2011r., także zresztą w tym czasie pozwany wciąż, na znacznej części odcinka przedmiotowej drogi, prowadził roboty przygotowujące front robót. Ostatecznie pozwany uniemożliwił stronie powodowej wykonywanie robót bitumicznych zaplanowanych na miesiąc kwiecień, maj i czerwiec 2011r.

Bezpośrednim skutkiem powyższego opóźnienia pozwanego stało się także zaangażowanie dodatkowego podwykonawcy – określanego jako wykonawca zastępczy.

Drugą niezależną od strony powodowej okolicznością, która wpłynęła na opóźnienie wykonania umowy nr (...) była konieczność dokonania napraw warstw asfaltowych nawierzchni przedmiotowej drogi ułożonych przez pozwanego i spółkę (...) w 2011r. W dniu 25.02.2011r. Inspektor Nadzoru Robót Drogowych wraz z Inspektorem Nadzoru Robót Mostowych i Inżynierem Budowy stwierdzili występowanie na całym odcinku przedmiotowej drogi pęknięć skurczowych w warstwie wiążącej wzdłuż spoiny podłużnej, wywołanych okresem bardzo niskich temperatur. Spękania te powstały w zdecydowanej większości na tych odcinkach drogi, które były układane przez spółkę (...). Przeprowadzona na okoliczność przyczyn wad ekspertyza wykazała, że powodami uszkodzeń nawierzchni były: niekorzystne warunki atmosferyczne, złe warunki gruntowo – wodne, połówkowe wykonywanie nawierzchni, nieprawidłowości wykonawstwa, pozostawienie nawierzchni na zimę bez warstwy ścieralnej. Czynniki te były niezależne od strony powodowej. Ostatecznie uszkodzenia na podstawie porozumienia z dnia 25.04.2012 r zostały usunięte przez powoda, ale jedynie w zakresie prac przez niego wykonywanych, a także na podstawie odrębnego zlecenia pozwanego w zakresie pozostałych odcinków drogi. W dniu 8.06.2012r. powód zgłosił do odbioru naprawy płytkie, a do dnia 14.06.2012r/. wykonał niezbędne naprawy głębokie.

W rezultacie, dopiero w połowie czerwca 2012r. powód wznowił prace na naprawionych odcinkach drogi. Gdyby nie powyższe okoliczności, wszystkie ustalone umową prace zostałyby zakończone w terminie. Ich zaistnienie skutkowało, że niemożliwym stało się ułożenie warstwy ścieralnej w dniach od 20 kwietnia do 26 maja 2012r.

Dodatkowe przyczyny opóźnienia to przeszkody w dostępie do frontu robót spowodowane pracami innych wykonawców, jak też brak informacji w dokumentacji projektowej i Szczególnych Specyfikacji Technicznych dot. zastosowania materiałów do oblania krawędzi zewnętrznych warstwy ścieralnej.

Zespół wszystkich tych okoliczności stał się przyczyną 26- dniowego opóźnienia powoda w wykonaniu umowy.

Strona powodowa podniosła również, że pozwanemu nie przysługiwało uprawnienie do powierzenia wykonania dzieła innej osobie na koszt i bezpieczeństwo powoda co przewiduje przepis art. 636 kc w z w. z art. 656 kc, ani też uprawnienie do zastępczego usunięcia wad na koszt i ryzyko powoda za pomocą osób trzecich – co przewidziane było

w paragrafie 7 ust 3 pkt b umowy nr (...). Norma art. 636 kc w z art. 656 kc dot. bowiem wyłącznie sytuacji, w których przyjmujący zamówienie wykonywa je w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Wyłącznie w tego rodzaju okolicznościach zamawiający ma prawo wezwać drugą stronę do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć jej w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym jego upływie zaś może skorzystać alternatywnie z następujących uprawnień, tj. może od umowy odstąpić albo może powierzyć poprawienie lub dalsze wykonywanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą terminowość wykonania dzieła nie mieści się na gruncie art. 636 kc w użytym w nim pojęciu „sposobu wykonania dzieła”, który jeśli jest wadliwy albo sprzeczny z umową daje zamawiającemu prawo do skorzystania z tzw. wykonania zastępczego. Skutki opóźnienia się z wykonaniem dzieła poddane są bowiem regulacji art. 635 kc, który wyżej wskazanego uprawnienia (tj. ustanowienia wykonawstwa zastępczego) dla zlecającego dzieła nie przewiduje.

Odnosząc się natomiast do postanowień paragrafu 7 ust 3 pkt b umowy nr (...) powód podkreślił, że postanowienie to przyznaje uprawnienie do ustanowienia zastępczego usunięcia wad stwierdzonych w toku czynności odbioru robót na koszt i ryzyko powoda albo do obniżenia wynagrodzenia umownego. W okolicznościach niniejszej sprawy skorzystanie z tego uprawnienia przez pozwanego nie jest możliwe ze względu na fakt, że nie miał miejsca odbiór robót budowlanych przez pozwanego generalnego wykonawcę.

Strona powodowa zaprzeczyła również temu, by opóźnienie realizacji umowy nr (...) w 2011r powstało z jej winy, w istocie bowiem nie miała ona możliwości wykonania prac w ilościach zaplanowanych na 2011r. na skutek zawinionego opóźnienia pozwanego w przygotowaniu frontu robót. Powód był w stanie wyprodukować i ułożyć podbudowę z mieszanki mineralno – bitumicznej i ilości około 15 tys ton do końca 2011r.

W związku z koniecznością realizacji umowy nr (...) do końca października 2011r. na odcinek drogi objętej zakresem umowy nr (...) w powyższym okresie powód mógł dostarczyć jedynie około 9 tys. ton w/wym mieszanki. Gdyby jednak strona pozwana przekazała powodowi plac budowy w przewidzianym terminie – nie powstałby problem wyprodukowania wymaganej ilości mieszanki w planowanej na 2011 rok ilości. Z przyczyn obiektywnych, tj. możliwości technicznych otczarni powoda nie był on jednak w stanie nadrobić powstałych na skutek opóźnień pozwanego zaległości.

Strona powodowa podtrzymała żądanie pozwu w całości, a także z ostrożności procesowej o miarkowanie kary umownej w oparciu o przepis art. 484 par 2 kc.

### **Sąd Okręgowy rozstrzygając spór ustalił w sprawie co następuje:**

Umową z dnia 16 września 2010r. pozwany (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. – jako zamawiający - zlecił (...) SA w W. wykonanie robót w zakresie budowy drogi dojazdowej do przejścia granicznego oraz przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...) D. – L. – K. – G. Państwa na odcinku L. – B. według decyzji (...) pod nazwą „Rozbudowa drogi Wojewódzkiej nr (...) D. - B. na odcinku L. – K. od km 6+166 do km 17 + 550 wraz z budową drogi wojewódzkiej nr (...) K. – G. Państwa od km 17 + 550 do km 19 + 333,50 oraz niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi.

Umowa ta zawierała min. subkazułę 4.4 dot. podwykonawców, w której ustalono, że umowy z podwykonawcami wymagają każdorazowo zgody Inżyniera Kontraktu, a wykonawca, czyli (...) SA w W. nie ma prawa podzlecać jakiegokolwiek części robót bez uprzedniej pisemnej zgody Inżyniera. S. przewidywała również sposób postępowania podwykonawcy w sytuacji braku zapłaty należnych mu kwot, określała również, że w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi rozsądnych dowodów, że sumy należne podwykonawcy zostały zapłacone - Inżynier Kontraktu, po należytej konsultacji z zamawiającym poświadczy do zapłaty faktury podwykonawców, potrącając kwotę tak zapłaconą z kwot należnych wykonawcy. Warunkiem powyższego było jednak wystąpienie przez podwykonawców na piśmie ze skargą do inżyniera kontraktu o niedokonywanie przez wykonawcę płatności.

Umowa powyższa wykonywana była przez podwykonawców



dowód: umowa nr (...) k. 103 do 127

Oдноśnie umowy z dnia 26.10.2010r. – dalej umowy podwykonawczej nr 1 (...) SA w W. zawarł z (...) Sp. z o.o. w L. umowę podwykonawczą, której przedmiotem były roboty związane z budową drogi dojazdowej objętej umową wcześniej wskazaną, jednak w zakresie określonym w załączniku do tej umowy, tj. kosztorysie rozliczeniowym podwykonawcy.

dowód: umowa k. 316 do 324, kosztorys stanowiący załącznik nr 1 do tej umowy k. 325 do 328

W umowie tej podwykonawca oświadczył, że zapoznał się z istniejącą infrastrukturą, terenem budowy oraz zidentyfikował lokalizację istniejących mediów, tj. kanalizacji, linii telefonicznych i elektrycznych, sieci wodociągowej, rur gazowych i innych przed rozpoczęciem wykopów i innych robót. Podwykonawca zobowiązał się do realizowania robót zgodnie z harmonogramem wykonawcy, zatwierdzonym przez zamawiającego. W paragrafie 5 przyjęto, że podwykonawca zobowiązany jest rozpocząć roboty po protokolarnym wprowadzeniu go na budowę przez wykonawcę i zakończyć je w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30 października 2011r.

Podwykonawca zobowiązany został również do przekazania zamawiającemu przy udziale wykonawcy przedmiotu umowy wraz z pełną dokumentacją powykonawczą pozwalającą na dokonanie odbioru i ocenę prawidłowego wykonania robót. Zgodnie z paragrafem 7 umowy odbiór robót winien być dokonany przez wykonawcę przy udziale zamawiającego i powinien nastąpić niezwłocznie po osiągnięciu przez podwykonawcę gotowości do bezusterkowego odbioru robót oraz po przedłożeniu przez podwykonawcę pełnej dokumentacji powykonawczej i dokonaniu wszelkich czynności określonych w umowie oraz innych dokumentach stanowiących załączniki do umowy. Z czynności odbioru sporządzony miał zostać przez wykonawcę i podwykonawcę protokół. Ustalono, że jeżeli w toku czynności odbioru stwierdzi się, że przedmiot umowy lub jego część nie osiągnął gotowości do odbioru – wykonawca ma prawo odmówić odbioru, bądź do niego przystąpić zgodnie z warunkami określonymi w ustępie trzecim.

W paragrafie 16 umowy ustalono natomiast obowiązek zapłaty na rzecz wykonawcy przez podwykonawcę kar umownych za nieterminowe wykonanie robót w wysokości 0,1% ceny umownej brutto za każdy dzień zwłoki lecz nie więcej niż 10 % całej ceny, jak też za zwłokę w usunięciu wad w wysokości analogicznej.

W paragrafie 18 umowy, tj. w jej postanowieniach końcowych przyjęto zaś, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu i wymagają dla swej ważności formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego teren budowy został powodowi przekazany w dniu 3.11.2010r., a zgodnie z ustaleniami umowy roboty miały zostać zakończone do dnia 30 października 2011r.

Poza sporem było, że całe wynagrodzenie należne powodowi z tej umowy zostało mu zapłacone, jak również, że wbrew obowiązkowi wynikającemu z umowy - pozwany (...) SA nie dostarczył powodowi harmonogramu realizacji prac, ale ostatecznie sporządził go powód

dowód: pismo z dnia 3.02.2011r. k. 344

Strony jednak nie dokonały formalnej zmiany treści umowy w tym zakresie, co daje podstawę do przyjęcia, że pozwany (...) obowiązkowi dostarczenia harmonogramu nie sprostał.

Harmonogram ten przedstawił powód na początku lutego 2011r., jednak został on negatywnie oceniony przez pozwanego, który w piśmie z dnia 9 lutego 2011r. wyraził stanowisko w tej kwestii, a następnie pismem z dnia 8.04.2011r. polecił powodowi niezwłoczne rozpoczęcie robót na budowie.

dowód : pismo k. 345, 346

To samo ponowił w kolejnym piśmie z dnia 2.08.2011r., w tym miesiącu też zaakceptował program naprawczy opracowany przez powoda.

Nie był w sprawie kwestionowany fakt, że roboty rozpoczęły się na przedmiotowej budowie w kwietniu 2011r., a pozwany (...) SA negatywnie oceniał prace powoda zarówno pod względem czasowym jak i jakościowym, co znalazło wyraz w korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami niniejszego sporu.

Pismem z dnia 30.10.2011r. powód zgłosił roboty do odbioru końcowego (pismo k. 352).

W odpowiedzi na to pismo pozwany reprezentowany przez kierownika budowy A. N. (1) w piśmie skierowanym do powoda z dnia 7.11.2011r., stwierdził, że roboty nie zostały zakończone, tj. nie wykonano do tego dnia warstwy ścieralnej na drodze głównej oraz nie zakończono robót na drogach serwisowych, przy zbiornikach i rowach – wobec czego odbiór robót, wobec niewykonania przedmiotu umowy, jest niemożliwy.

dowód: pismo k 353

Poza sporem było, że kolejne zgłoszenie przez powoda robót do odbioru miało miejsce 16.11.2011r. W odpowiedzi na to zgłoszenie pozwany (...) SA również oświadczył, że nie może dokonać odbioru robót, gdyż ich koniecznym warunkiem jest dokonanie odbioru końcowego przez Nadzór Inwestorski, czego do tego momentu nie uczyniono. Dotyczyło to dróg serwisowych, dróg bocznych, które w ocenie generalnego wykonawcy wykonane zostały przez powoda niezgodnie z dokumentacją projektową, a mianowicie stwierdzono odchyłki wysokościowe znacznie wykraczające poza dopuszczalne według wymagań SST. Pozwany oświadczył, że po zatwierdzeniu przez Nadzór zgodności robót z projektem wyznaczony zostanie termin ich odbioru. Na dzień powyższego pisma nie było, w jego ocenie, podstaw do uruchomienia procedury odbioru.

dowód: pismo k. 525

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na przyjęcie, że w dacie ponownego zgłoszenia robót do odbioru zakres robót przewidziany przedmiotową umową został zrealizowany, a w terminach późniejszych wykonywane były jedynie roboty poprawkowe, szczególnie przy drogach serwisowych. Powyższemu w zasadzie pozwany (...) SA nie zaprzeczył, potwierdzili to także słuchani na rozprawie w dniach 22 i 23 lipca 2014r., a także 18 listopada 2014r. świadkowie E. B., J. J., J. D., A. N., M. D. (w tym także świadkowie zawnioskowani przez stronę pozwaną, tj. kierownik budowy A. N., inżynier obu umów M. D.).

dowód: protokół k. 1036 – 1040, 1042 – 1045, transkrypcja k. 1069 - 1147

Do formalnego odbioru robót pomiędzy pozwanym (...) SA a powodowym wykonawcą ostatecznie nie doszło, roboty te zostały natomiast odebrane przez inwestora od generalnego wykonawcy, zgodnie z protokołem odbioru z dnia 29.10.2012r.

dowód: protokół odbioru k29 – 30

Poza sporem było również, że wskazywane przez pozwanego usterki w postaci odchyłek wysokościowych – ostatecznie zostały zaakceptowane przez Inspektora Nadzoru Robót Drogowych poprzez naniesienie rzeczywistej niwelety wykonanej już drogi na projekt.

W terminach późniejszych pozwany (...) zwracał się do powoda z informacją, że w jego ocenie roboty objęte przedmiotową umową nie zostały zakończone w terminie, bowiem powód nie przedłożył mu:

- kompletnego operatu kołaudacyjnego w jednym egzemplarzu,
- wersji roboczej w jednym egzemplarzu,

- jego „spisu treści”.

dowód: pismo z dnia 12.04.2012r. k 354

Powód nie kwestionował, że dokumentu tego nie dostarczył stając na stanowisku, że nie miał takiego obowiązku, a nadto, że z różnych, niezależnych od niego przyczyn, nie było to możliwe.

W ocenie strony pozwanej, tj. (...) SA w W. powód nie zrealizował więc obowiązków w terminie ustalonym w umowie (w zasadzie pozwany nie wskazał ostatecznej daty, w której, w jego ocenie, powód tą umowę wykonał), co dało mu podstawę do obciążenia powoda karą umową za zwłokę w wykonywaniu umowy w kwocie 859.551,72 zł. Kara ta została, z uwagi na wskazany przez pozwanego okres zwłoki wyliczona w maksymalnej wysokości, tj. 10 % przedmiotu kontraktu.

dowód: nota obciążeniowa k. 361 , wezwanie do zapłaty k. 420

Powyższe dało podstawę pozwanemu do złożenia powodowi oświadczenia o potrąceniu wierzytelności własnej z tego tytułu z wierzytelnością powoda dochodzoną niniejszym pozwem

dowód: oświadczenie o potrąceniu k. 442

Powód przyznał, że termin wykonania przez niego prac w ramach przedmiotowej umowy w stosunku do ustalonego przekroczony został o 16 dni, jednak okoliczności które to spowodowały były od niego niezależne i wynikały z przyczyn następujących:

- nieprzygotowania przez pozwanego wbrew obowiązkom umownym harmonogramu realizacji prac,
- braku należytej obsługi geodezyjnej, nie udostępniania frontu robót,
- niekorzystnych warunków pogodowych, które uniemożliwiały czasowo realizację prac, a więc dużych mrozów bądź obfitych opadów deszczu,
- pojawiających się zastoin wody na skutek zamulenia rowów odwadniających – co powodowało niemożliwość wzmacniania gruntów podłoża budowlanego poprzez zagęszczanie gruntu,
- problemów z odwadnianiem gruntu, za który wyłącznie odpowiada pozwany (...), bowiem nie przedstawił on powodowi projektu uwzględniającego miejsca odpływu wód powierzchniowych,
- brak pełnej dokumentacji technicznej w toku wykonywania umowy

Powód o powyższych utrudnieniach informował pozwanego wielokrotnie pismami, w tym min. pismami z dnia 31.01.2011r., 11.04.2011r., 3.06.2011r i 5.10.2011r., 15.06.2011r., 23.08 i 21.09 2011r. , a także 16.04.2012r.

dowód: pisma k. 527, 528, 1025, 1026, 1020 do 1025

Zgłaszał to również uczestnicząc w cyklicznie odbywających się radach budowy

dowód: protokoły z rad budowy k. 801- 928

Warunki pogodowe natomiast były przyczyną decyzji o wstrzymaniu prac wpisanymi do dziennika budowy z dnia 4.11.2010r. (prace wznowiono 15.11.2010r. oraz z dnia 22.11.2010r. (prace wznowiono 24.11.2010r).

dowód: dzienniki budowy k 1170 – 1556

Powód nadto podał, że konieczność umacniania dna i skarp rowów w kilometrażu drogi objętej tą umową była spowodowana przyjęciem nieprawidłowej technologii wykonania robót w projekcie inwestycji, a następnie była

przedmiotem dodatkowego zlecenia wykonania tych robót powodowi przez pozwanego (...) SA – tym twierdzeniom pozwany (...) SA nie zaprzeczył.

dowód: pismo z dnia 28.06.2011r., 8.10.2012, 16.10.2012r. k. 1032 do 1035

Na okoliczność utrudniających prace warunków pogodowych zeznawali słuchani w sprawie świadkowie zawnioskowani przez powoda, tj. R. B., J. J., T. T., J. D., R. J. – zgodnie zeznając, że obfite opady deszczu uniemożliwiały w pewnych okresach wykonywanie prac. Świadcowie ci oceniali, że miały one wpływ na mniej więcej miesięczne ich opóźnienie.

dowód: zeznania świadków – protokół z rozprawy z dnia 22 i 23 lipca 2014r. oraz 18.11.2014r.

Warunki pogodowe potwierdzone zostały w przedstawionym Sądowi wyciągu z bazy danych meteorologicznych Stacji Klimatycznej w C. w okresie od 1 listopada 2010r. do 12 kwietnia 2011r. oraz w czerwcu 2011r. Stwierdzono w nim przede wszystkim, że za opady umiarkowane należy przyjmować opady w wysokościach w skali od 1 do 10 ujętych w przedstawionej tabeli, opady silne natomiast przekraczają ten pułap (czyli powyżej 10). Z przedłożonego zestawienia opadów wynika, że opady silne odnotowano jedynie w dniach 29.11.2010r., 19.01.2011r., 8.04.2011r.

dowód: informacja k. 640 do 642

Na skutek obfitych opadów pojawiły się również problemy z odwodnieniem obszaru, na którym prowadzone były prace. Obszar ten bowiem był zalewany wodą spływającą z okolicznych pól, co w ocenie powoda uniemożliwiało wykonywanie robót.

Powód wyjaśnił, że problem z zalewaniem wynikał z tego, że w przedstawionej powodowi dokumentacji nie były ujęte drenaże i to spowodowało, że zostały one uszkodzone w trakcie realizacji robót. Około miesiąca trwało szukanie przez powodowego podwykonawcę głównego odpływu, celem uruchomienia drenażu .

dowód: zeznania świadków J. S., R. B., J. J., T. T. złożonych na rozprawie w dniu 22 lipca 2014r. i 13.01.2015r.

W ocenie strony powodowej tego rodzaju trudności nie mógł przewidzieć i żaden inny sposób zabezpieczenia terenu robót przed zalewaniem nie mógł być zastosowany i konieczne było oczekiwania na wysuszenie terenu przed dalszymi pracami (czyli odwadnianie w sposób naturalny).

dowód: zeznania świadków J. J. i W. Z. na rozprawie w dniu 22.07.2014r.

Powód w piśmie procesowym z dnia 23.09.2014r. przyznał, że były mu znane warunki geologiczne, nie mógł przewidzieć natomiast, że wiosną 2011 roku nastąpią mrozy, a później ciągle opady deszczu. Powyższe, jak również brak informacji o drenażu spowodowało więc, że opóźnił się z ostatecznym wykonaniem umówionych prac ( pismo procesowe k. 1584 do (...)).

W ocenie natomiast pozwanego (...) SA w W. nie było żadnych istotnych przeszkód do realizacji umowy przez stronę powodową zarówno w zakresie dokumentacji, obsługi geodezyjnej czy też warunków atmosferycznych. Pozwany wskazywał, że powód nie dokonywał żadnych wpisów do dziennika budowy na okoliczność braku możliwości wykonywania prac. Zawnioskowany przez pozwanego świadek A. N. (1) – kierownik budowy zeznał, że wprawdzie warunki atmosferyczne były „raz lepsze raz gorsze” – nie było jednak przeszkód do realizacji umowy. Powód dostał pełną dokumentację geologiczną, a woda gromadząca się na skutek opadów (spływająca z okolicznych terenów) mogła być przez niego odprowadzana przy zastosowaniu innej technologii. Także świadek M. D. (1) (inżynier obu umów) zeznał, że odwodnienie terenu było w gestii podwykonawcy, a warunki geologiczne i hydrogeologiczne były mu znane. Zeznał również, że powód nie zgłaszał zapotrzebowania na dodatkowych geodetów. Świadek natomiast R. J. (2) - inżynier budowy zatrudniony przez powoda zeznał, że w dokumentacji nie było w ogóle drenażu , o tym, że był stary drenaż podwykonawca dowiedział się dopiero w trakcie realizacji prac i to wpłynęło na całą budowę. Zeznał , że

warunki gruntowe były także inne niż w dokumentacji, a geodeci nie byli w stanie wytyczyć na bieżąco rzędnych robót. Potwierdził, że budowa faktycznie rozpoczęła się końcem kwietnia 2011r.

Świadek F. S. – pracownik (...) Zarządu Dróg – kierownik rejonu w L. natomiast zeznał, że jeszcze jesienią wykonano roboty zamienne, których nie zabezpieczono przez zimą, nie wykonano też robót odprowadzających wodę – a to spowodowało zalewanie terenów.

dowody: zeznania w/wym świadków na rozprawach w dniu 22, 23 lipca 2014r., a także 18.11.20104r., transkrypcje k 1069 do 1147, 1640 do 1669 i protokół k. od 1036 do 1040, 1042 do 1045, 1628-1630,

Stanowska stron były więc rozbieżne w zakresie dotyczącym przyczyn opóźnienia w realizacji prac. Powód twierdził, że wszystkie wskazane przyczyny były od niego niezależne, taka też była ich ocena zaprezentowana przez słuchanych na jego wniosek świadków. W ocenie natomiast strony pozwanej - powód znał warunki panujące w tym terenie, a żadne przyczyny atmosferyczne nie mogły spowodować opóźnienia w realizacji robót, gdyby powód wykonywał je w sposób prawidłowy i systematyczny – co również potwierdzili słuchani w sprawie świadkowie zawnioskowani przez pozwanego.

Przedstawione, szczególnie w informacji Stacji Meteorologicznej, warunki pogodowe nie dawały w ocenie Sądu podstawy do przyjęcia, że w przedmiotowym okresie miały miejsce - odbiegające od przeciętnych - anomalie, które w dłuższych terminach uniemożliwiałyby wykonywanie prac. Bez wątplenia materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala przyjąć, że na terenie prowadzonych robót gromadziła się woda, która utrudniała wykonywanie prac (spływająca z okolicznych pól). Powód nie przedstawił jednak, w ocenie Sądu, wiarygodnego dowodu wykazującego, że nie było żadnych innych możliwości technicznych usuwania przez niego tej przeszkody, oprócz naturalnego osuszania.

W ocenie Sądu nie przedstawiono też w sprawie dostatecznego dowodu na okoliczność, że pozwany nie dostarczył, pomimo żądania w tym zakresie, powodowi części dokumentacji, co uniemożliwiało na określonych etapach realizację robót. Dotyczy to również kwestii obsługi geodezyjnej, bowiem stanowisko powoda w tej kwestii, poparte jedynie zeznaniami wnioskowanych przez niego świadków nie pozwala na przyjęcie, że brak należytej obsługi geodezyjnej uniemożliwiał wykonywania prac i opóźnił ich realizację – a zaznaczyć trzeba, że stanowisko strony pozwanej w tej kwestii, poparte również zeznaniami świadków – było odmienne.

W ocenie Sądu więc, przy przyjęciu, że zgłoszenie robót do odbioru miało miejsce 16.10.2011r. – należało przyjąć wobec ustaleń umownych w okolicznościach niniejszej sprawy 16-dniowy okres zwłoki (opóźnienie kwalifikowane) w wykonaniu prac w zakresie tej umowy przez powoda.

Oдноśnie umowy z dnia 28.02.2011r. – dalej umowy podwykonawczej nr 2

Umową tą powód – jako podwykonawca zobowiązał się do wykonania robót bitumicznych związanych z „budową drogi dojazdowej do przejścia granicznego oraz przebudową drogi wojewódzkiej nr (...) D. - L. – K. – G. Państwa na odcinku L. - B. według decyzji (...) pod nazwą P. M. „rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) D. - B. na odcinku L. - K. od km 6+176 do km 17 +550”

Strony w umowie ustaliły, że ilości robót wyszczególnione w załączniku nr 1, tj. w kosztorysie rozliczeniowym podwykonawcy są ilościami orientacyjnymi i mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Przyjęły też w paragrafie 7, że odbiór obrót dokonany zostanie przez wykonawcę przy udziale zamawiającego, w zakresie dot. całości lub części przedmiotu umowy i powinien nastąpić niezwłocznie po osiągnięciu przez podwykonawcę gotowości do bezusterkowego odbioru robót oraz po przedłożeniu przez niego pełnej dokumentacji powykonawczej i dokonaniu wszelkich czynności określonych w umowie oraz innych dokumentach stanowiących załącznik do niej. Przyjęto też, że jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy lub jego część nie osiągną gotowości do odbioru – wykonawca może bądź odmówić odbioru, bądź przystąpić do niego zgodnie z warunkami, które zostały ustalone w ust 3 umowy.

W paragrafie 13 umowy ustalono natomiast przypadki w których zarówno wykonawca jak i podwykonawca będą mogli odstąpić od zawartej umowy. I tak min. wskazano sytuacje w jakich generalny wykonawca będzie mógł skorzystać z tego uprawnienia i zlecić wykonanie przedmiotu umowy niezrealizowanego przez podwykonawcę - osobie trzeciej. W paragrafie 16 umowy natomiast wskazano przypadki, w których wykonawca i podwykonawca naliczać mogą kary umowne. I tak przyjęto, że podwykonawca zobowiązany jest do ich zapłaty min. za nieterminowe wykonanie robót w wysokości 0,5 % ceny umownej brutto za każdy dzień zwłoki – nie więcej jednak niż 50 % całej ceny umownej brutto. Integralną częścią umowy miały być jej załączniki, tj. kosztorys rozliczeniowy podwykonawcy, harmonogram robót i specyfikacja techniczna.

Podwykonawca zobowiązał się zrealizować prace w terminie nieprzekraczalnym do dnia 31.08.2012r.

Strony niniejszego sporu przedłożyły do akt sprawy przedmiotową umowę wraz z załącznikiem nr 1 (czyli kosztorysem rozliczeniowym), bez harmonogramu. Nie zostało w sprawie zakwestionowane przez pozwanych stanowisko powoda, że w momencie zawarcia tej umowy, tj. 28.02.2011r. nie był zgodnie przyjęty pomiędzy nimi harmonogram rzeczowo – finansowy. Nie przedstawiono też do akt sprawy żadnego harmonogramu, także później sporządzonego, który został podpisany przez stronę powodową. Pozwany (...) SA stał natomiast na stanowisku, że harmonogram prac był podwykonawcy znany, można go było zobaczyć bowiem na każdej radzie budowy, był także wywieszony na ścianie biura Inżyniera Budowy. Dotyczyło to jednak harmonogramu ogólnego, stanowiącego część aktu umowy z dnia 15.09.2010r. zawartej przez pozwanego z zamawiającym.

dowód: zeznania świadka W. Z. na rozprawie w dniu 22.07.2014r. , transkrypcja k. 1069 do 1168

Nie było w sprawie kwestionowane również, że faktycznie powód mógł rozpocząć prace przy realizacji tej umowy dopiero w maju 2011r. Potwierdził to min. słuchany w charakterze świadka M. D. (1) – inżynier budowy, który zeznał, że opóźnienia w przekazywaniu powodowi podbudów były takie, że powód dopiero po miesiącu maju mógł wykonywać swoje prace.

dowód : zeznania świadka M. D. na rozprawie w dniu 23.07.2014r. transkrypcja k 1069 do 1148.

Strona powodowa przystąpiła więc do wykonywania prac po przeszło trzech miesiącach od zawarcia umowy, napotykając w trakcie ich realizacji na pewne trudności, np. związane z budową studzienek kanalizacyjnych. Według jej twierdzeń trudności z realizacją prac związane były również z opóźnieniami w pracach innych podwykonawców i niedostępnością jej rytmicznie frontu robót

dowód: zeznania świadków: L. L., R. B., J. J., T. T. na rozprawie w dniu 22.07.2014r.

Świadek A. N. (kierownik budowy) zeznał natomiast, że prace przy realizacji niniejszej umowy były prowadzone równocześnie z realizacją drugiej umowy – co powodowało, że podwykonawca miał na jednym, bądź na drugim zadaniu udostępniony front robót.

dowód: zeznania świadka A. N. na rozprawie w dniu 23.07.2014r. – protokół k. 1042 do 1045

Strona powodowa wskazywała na wpisy do dziennika budowy w zakresie dotyczącym niemożliwości realizacji prac z w/wym. przyczyn, tj. wpisy w dzienniku budowy nr 6 dot. wstrzymania prac na okres od 4 do 15 listopada 2010r. oraz od 22 do 24 listopada 2010r.

dowód: dzienniki budowy nr 6 k. 692 do 711

Pozwany (...) SA od lipca 2011r., jak wynika z przedstawionej do akt sprawy korespondencji, ponaglał powodowego podwykonawcę w wykonaniu robót, wzywając go kolejnymi pismami do zwiększania dostaw materiałów, zwiększenia potencjału ludzkiego i sprzętowego na budowie, aby ostatecznie przedstawiać mu kolejne programy naprawcze, w tym np. program wskazujący na minimalne ilości robót do wykonania w miesiącu sierpniu 2011r.

dowód: pismo z dnia 9.08.2011r. k 348

Pismem z dnia 26.08.2011r. pozwany wskazał powodowi również na zagrożenie niewykonania określonej ilości robót w nadchodzącym okresie rozliczeniowym, stwierdzając, że niezbędne dla ich wykonania jest zapewnienie przez powoda ilości dostaw masy bitumicznej tysiąca ton dziennie oraz pracy dwóch zespołów roboczych.

dowód: pismo z 30.08.2011r., 26.08.2011r., k. 363, 364

W odpowiedzi na powyższe pismo powód w piśmie z dnia 6.09.2011r. oświadczył, że na poczet wykonania przedmiotowej umowy może dostarczyć maksymalnie 9 tys. ton masy bitumicznej. Słuchany w sprawie świadek T. T. – były prezes zarządu powodowej spółki zeznał, że przy zawieraniu umowy wiadomo było jaką ilość masy bitumicznej trzeba na jej wykonanie dostarczyć i powód miał na ten cel niezbędne moce, jednak opóźnienia w realizacji umowy spowodowały, iż pozwany, po początkowym przestoju, chciał zintensyfikować dostawy w tym okresie, a to dla powodowego podwykonawcy nie było z przyczyn technologicznych możliwe. To też spowodowało, że na Radzie Budowy we wrześniu 2011r. zgłosił, iż powodowa firma nie będzie w stanie zabezpieczyć dostaw w ilości żądanej w tym okresie przez pozwanego.

dowód: zeznania świadka T T. na rozprawie w dniu 22.07.2014r.

Świadek ten zeznał również, że gdyby prace wykonywane były sukcesywnie problemów z dostarczeniem masy bitumicznej by nie było, co potwierdził również świadek J. S. (2) – słuchany na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015r.

dowód: zeznania J. S. protokół k. 1636 do 1637

Strona pozwana, tj. (...) SA stała natomiast na stanowisku, że powód związany był też innymi kontraktami (a więc dostarczał masę bitumiczną na inne budowy) i to spowodowało, że nie mógł dostarczyć takiej jej ilości na przedmiotową inwestycję, jaka była konieczna do jej wykonania w terminie.

dowód: zeznania świadków W. K., A. N. na rozprawie w dniu 22.07.2014r. , protokół k. 1042 do 1045

I tak świadek A. N. zeznał min., że ilość masy bitumicznej przy zawieraniu umowy potrzebna do jej realizacji była przez powoda zagwarantowana, ale w momencie, gdy chciano zintensyfikować prace – powód miał również inne zadania. Świadek przyznał, że gdyby prace były rozłożone sukcesywnie – to powód by je zrealizował. Świadek A. N. jak również świadek W. K. zeznali nadto, że niemożliwość wykonania przez powoda zadania inwestycyjnego w sytuacji skumulowania prac wynikała nie tylko z innych zobowiązań ale także ze złej organizacji jego pracy i bardzo niskich standardów. I tak wskazywali, że np. roboty prowadzone były tylko w godzinach od 7 do 16, co w tego rodzaju inwestycjach jest nie do przyjęcia.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala w ocenie Sądu na przyjęcie, że w okresie miesiąca lipca i sierpnia 2011r. pozwany (...) SA – generalny wykonawca zorientował się, że opóźnienia w realizacji przedmiotowej umowy spowodować mogą niewykonanie tzw. kamienia milowego, tj. określonej ilości robót na ten czas przewidzianych w umowie zawartej z inwestorem, co mogło mieć wpływ zarówno na dalsze finansowanie prac (środki na tą inwestycję pozyskane zostały z dotacji unijnych), jak też na obciążenie go wysokimi karami umownymi zastrzeżonymi w umowie z zamawiającym.

dowód: zeznania świadka T. R., W. Z., A. H. - na rozprawie w dniu 22.07.2014r. , protokół k. 1036 do 1040

W umowie podwykonawczej nie dokonano żadnych ustaleń odnośnie powyższych kwestii, a więc obowiązku realizacji przez podwykonawcę określonej ilości prac ze względu na konieczność dochowania kamienia milowego, nie wskazano również na to, aby ewentualne przekroczenia terminów wynikających z harmonogramów zagrożone były karami umownymi.

Tak jak wspomniano, kolejnymi pismami składanymi w sierpniu i wrześniu 2011r. pozwany wzywał powoda do przyśpieszenia prac, wskazując na zagrożenie terminu ich wykonania ze względu na obawę nieosiągnięcia kamienia milowego.

dowód: pisma z 26.08.2011r., 30.08.2011r., 14.08.2011r., 6.09.2011r.

Po uzyskaniu ostatecznie od powoda informacji na Radzie Budowy we wrześniu 2011r. o braku możliwości zagwarantowania żądanej ilości masy bitumicznej – pozwany (...) SA zawarł kolejną umowę podwykonawczą z Przedsiębiorstwem (...), tj. umowę z dnia 20 września 2011r. i na podstawie tej umowy firmie tej zapłacił kwotę 917.020,51 zł. Firma ta również wykonywała roboty bitumiczne, które pierwotnie wykonywać miał powód, a celem jej zaangażowania było zapewnienie terminowości dochowania tzw. kamienia milowego.

dowód: umowa z dnia 20.09.2011r., k. 370 do 373

Powód w dalszym ciągu kontynuował swoje prace, a pozwany nadal kwestionował ich terminowość. I tak kolejnym pismem z dnia 4.01.2012r. przesłał powodowi harmonogram naprawczy, a powód w odpowiedzi zapewnił, że objęte nim prace na rok 2012 wykona terminowo. W harmonogramie przesłanym przez pozwanego wraz z pismem z dnia 4.01.2012r. generalny wykonawca wskazał, że podwykonawca ma zarezerwować pełne moce przerobowe w okresie od 20 kwietnia 2012r. do dnia 26 maja 2012r. i zapewnić w tym czasie ciągłość dostaw masy bitumicznej w ilości minimum 700 Mg (dzień roboczy). Wskazał też, że łączna ilość dostarczonej masy ma wynosić 10. 500 ton. Przed kwietniem 2012r. okazało się jednak, że stwierdzono istotne wady wykonanej wcześniej warstwy wiążącej podbudowy i warstwę tą trzeba było naprawić. Przed przystąpieniem do robót poprawkowych koniecznym stało się sporządzenie ekspertyzy technicznej, która to wskazała na szereg przyczyn zaistniałych wad (w tym także w pewnym zakresie błędów wykonawczych)

dowód: ekspertyza k. 929 - 988

Ekspertyza zasadniczo jednak wskazała, że wady powstały na skutek niekorzystnych warunków atmosferycznych przy realizacji prac, a także złych warunków gruntowo – wodnych.

Ostatecznie, na podstawie porozumienia zawartego w dniu 25 kwietnia 2012r. , a także dalszego odrębnego zlecenia powód wykonał roboty poprawkowe (wykonywała je także inna firma), które ostatecznie zrealizował do dnia 14 czerwca 2012r. Powyższe spowodowało, że w jego ocenie w okresie od 20 kwietnia do 26 maja 2012r. nie miał możliwości realizacji prac objętych przedmiotową umową, co skutkowało opóźnieniem w jej wykonaniu.

Świadek T. R. (inżynier kontraktu) zeznał, że wadliwą podbudowę wykonała firma (...) i jedynie w pewnym zakresie tylko usterki mogły obciążać wykonawcę. Potwierdził to również świadek W. Z., który zeznał, że firma powodowa wykonywała ostatecznie jedynie naprawy średnie związane z wymianą warstwy wiążącej, a pozostałe naprawy wykonywała firma zewnętrzna.

Powód zgłosił do odbioru roboty wykonane na podstawie przedmiotowej umowy pismem z dnia 31 sierpnia 2012r.

dowód: pismo k. 417

Pozwany w odpowiedzi datowanej na dzień 3 października 2012r. potwierdził, że roboty bitumiczne ukończone zostały przez powoda w dniu 26 października 2012r., w związku z czym wyznacza termin przeglądu technicznego na dzień 2 października 2012r.

Treść tego pisma więc, jak słusznie wskazał powód wskazuje, iż doszło do omyłkowego podania daty zakończenia prac (a więc zamiast 26.10.2012r. powinno być 26.09.2012r.), pozwany zresztą twierdzenia powyższego nie zakwestionował. Potwierdził to nadto także w odpowiedzi na pozew, w której na stronie 10 stwierdził, że roboty bitumiczne zostały zakończone w dniu 26 września 2012r.



Zauważyć też trzeba, że z dołączonego przez powoda protokołu odbioru ostatecznego spisanego pomiędzy w dniu 29.10.2012r. pomiędzy inwestorem a wykonawcą wynika, że roboty zakończone zostały 15 października 2012r. zgodnie z terminem umownym.

dowód: protokół odbioru ostatecznego k. 28 do 30

Pomiędzy pozwanym generalnym wykonawcą a powodowym podwykonawcą nie został spisany żaden protokół odbioru robót. Jedynie w piśmie z dnia 8.10.2012r. pozwany wezwał powoda do niezwłocznego przystąpienia do zakończenia robót i uprządkowania terenu budowy w zakresie w piśmie tym wskazanym, zakreślając mu termin wykonania powyższego na dzień 8 października 2012r. i zastrzegając, że w razie niedochowania tego terminu prace zostaną zlecone innemu podwykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo powoda.

dowód: pismo k 419

Pozwany z uwagi na fakt, że (w jego ocenie) powód nieterminowo roboty przewidziane tą umową wykonał (a właściwie nie wykonał ich do końca) naliczył kary umowne za zwłokę w ich realizacji w wysokości 2.143.439,14 zł, tj. w wysokości maksymalnej przewidzianej w umowie i kwotę tą potrącił z wierzytelnością powoda objętą niniejszym pozwem, składając w dniu 11 kwietnia 2013r. oświadczenie o potrąceniu.

dowód: pisma k. 421

Dodatkowo do potrącenia pozwany przedstawił również wierzytelność w kwocie 917.020,51 zł z tytułu zwiększonych kosztów poniesionych przez niego, celem prawidłowego wykonania umowy, tj. kosztów wykonawstwa zastępczego firmy (...).

Powód natomiast stwierdził, że w stosunku do terminu wykonania prac ustalonego w umowie, potwierdzenie ich wykonania przez pozwanego na dzień 26.09.2012r. wskazuje na 26-dniowe opóźnienie, które jednak było wynikiem okoliczności od niego niezależnych, a więc przede wszystkim nie rozpoczęcia robót w zakładanym terminie i koniecznością wykonania robót poprawkowych.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie w tym zakresie potwierdził powyższe stanowisko, a więc po pierwsze, że powód mógł przystąpić do wykonania prac z tej umowy po około trzech miesiącach od daty jej zawarcia, a nadto, że w 2012r. w okresie na który wskazywał, tj. od dnia 20 kwietnia do 26 maja 2012r. nie mógł prac tych wykonywać z uwagi na usuwanie wad podbudowy, a więc ze względu na okoliczności w zasadniczej mierze od niego niezależne.

#### Odnosnie kosztów wykonania zastępczego.

Jak wskazano wyżej, w umowie podwykonawczej zawartej w dniu 28 lutego 2011r. w paragrafie 13 regulującym kwestie odstąpienia od umowy przyjęto, że wykonawcy w określonych przypadkach przysługuje takie uprawnienie oraz zlecenie wykonania robót osobie trzeciej. W paragrafie 7 natomiast ust 3 pkt b przyjęto, że jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, które nadają się do usunięcia – wykonawca winien określić termin ich usunięcia, a w razie bezskutecznego jego upływu ma prawo do zastępczego usunięcia wad na koszt i ryzyko podwykonawcy, samodzielnie lub z pomocą osób trzecich albo do obniżenia wynagrodzenia umownego.

W niniejszym przypadku, przy realizacji umowy podwykonawczej nr 2 - pozwany (...) SA zarzucał powodowi zwłokę w realizacji prac wobec terminów przewidzianych w harmonogramie, co stwarzało zagrożenie dochowania kamienia milowego. To ostatecznie doprowadziło do zawarcia w dniu 20 września 2011r. kolejnej umowy podwykonawczej z Przedsiębiorstwem (...), na mocy której realizowana była faktycznie część umowy, którą miał wykonać powód. Przyczyny zaangażowania tej firmy pozwany (...) SA przedstawił powodowi w piśmie z dnia 12.01.2012r.

dowód: umowa podwykonawcza i pismo z 12.01.2012r.

W związku z koniecznością zatrudnienia kolejnego podwykonawcy określanego przez pozwanego jako wykonawcy zastępczego pozwany poniósł większe, niż pierwotnie zakładano koszty ułożenia masy bitumicznej w kwocie 917.020,51 zł, a wyliczenie kosztów w tym zakresie zostało przez niego przedstawione w sporządzonym, rozliczeniu strat na podstawie ułożonych metrów kwadratowych masy, które dołączył do odpowiedzi na pozew.

dowód: umowa z dnia 20.09.2001r. k. 370 do 374 oraz rozliczenie strat k 377

Powód w piśmie procesowym z dnia 24.09.2014r. (k. 442 do 470) zakwestionował zarówno wysokość przedstawionego przez pozwanego wyliczenia, jak też zakwestionował je co do zasady podnosząc, iż po pierwsze przedstawiony przez stronę pozwaną wydruk komputerowy zawierający rozliczenie nie ma charakteru dokumentu, a pozwany nie wyjaśnił nadto, w jaki sposób kwotę tą wyliczył, jak również, że zaangażowanie wykonawcy zastępczego nie znajduje żadnego uzasadnienia i oparcia zarówno w zapisach umowy łączącej strony, jak też w przepisach kodeksu cywilnego, tj. art. 636 kc.

Powód zaprzeczył również temu by opóźnienie w realizacji umowy nr (...) w 2011r. powstało z jego winy, bowiem, jak już wcześniej wskazywano, wynikało z nieprzygotowania frontu robót i nieprzekazaniu ich w terminie umożliwiającym rozpoczęcie prac w sposób zaplanowany na 2011r. Gdyby bowiem pozwany (...) przekazał stronie powodowej plac budowy w przewidzianym terminie, nie powstałby problem wyprodukowania wymaganej ilości mieszanki mineralno – bitumicznej w przewidywanej na 2011r ilości. Powód w chwili podpisania umowy posiadał potencjał techniczny wymagany do realizacji umowy nr (...), zapewniający płynność tempa wykonania poszczególnych etapów robót.

dowód: zeznania świadków J. S., T. T., T. R. na rozprawie w dniu 22.07.2014r oraz 13.01.2015r.

Z przyczyn obiektywnych, tj. możliwości technicznych otocznarni strona powodowa nie była jednak w stanie nadrobić powstałych na skutek opóźnień (...) SA zaległości.

Odnosnie kwestii dotyczących uzyskania tzw. kamienia milowego, tj. określonej kwotowo wartości wszystkich odebranych robót będących przedmiotem kontraktu głównego w danym roku kalendarzowym, z protokołu X Rady Budowy z dnia 8.09.2011r. wynika, że pozwany (...) zadeklarował pozyskanie i ułożenie masy bitumicznej niezbędnej do jego uzyskania „na własną rękę”

dowód: protokół X Rady Budowy strona 4 k. 851 do 855 (strona 4 na karcie 852)

Świadek W. K. (2) słuchany na rozprawie w dniu 23 lipca 2014r. zeznał natomiast, że dla oceny wykonania kamienia milowego było właściwie wszystko jedno, gdzie zakładany przerób będzie wykonany, a więc, czy na jednym kontrakcie czy też na innym, bowiem kwestia ta wynikała wyłącznie z jednej umowy zawartej z inwestorem.

Strona pozwana, choć kwestionowała jakość prac wykonanych przez powoda, to jednak co do wykonawstwa zastępczego - nie wskazywała na wadliwość ich wykonania lecz jedynie na zwłokę w ich realizacji. Nie wzywała również powoda do zmiany sposobu dotychczasowego wykonywania umowy, zakreślając odpowiedni termin, pod rygorem zastosowania instytucji wykonawstwa zastępczego.

Nie wskazują na powyższe pisma przedłożone do odpowiedzi na pozew z dnia 26 lipca 2013r. (k. 344, 375).

Strona powodowa oprócz zakwestionowania zasadności naliczenia przez pozwaną kar umownych za zwłokę w realizacji przedmiotu obu umów, zasadności i wysokości wyliczonych kosztów wykonawstwa zastępczego, podniosła również, że pozwany nie udowodnił wysokości tych wierzytelności, zakwestionowała także podstawę faktyczną powództwa wzajemnego w zakresie dotyczącym żądania zasądzenia kwoty 917.020,51 zł ze względu na wcześniejsze oświadczenie pozwanego o potrąceniu wierzytelności z tego tytułu złożone w dniu 5 marca 2013r.

Pozwany (...) SA natomiast – jak wyżej wskazano – wniósł o oddalenie powództwa o zapłatę 1.117.568,00 zł i wniósł pozew wzajemny domagając się zasądzenia na jego rzecz od powoda (pозwanego wzajemnego) kwoty 2.802.443,37 zł.

Jak podał, kary umowne za zwłokę w realizacji obu umów plus koszt wykonawstwa zastępczego dają w sumie kwotę 3.920.011,37 zł . Wobec faktu, że dochodzona pozwem kwota wynosi 1.117.568,00 zł – pozew wzajemny obejmuje część kar umownych za zwłokę w wykonaniu obu umów, jak również kwotę 917.020,51 zł.

Kara umowna za nieterminowe wykonanie robót objętych umową z dnia 26.10.2010r. wyniosła, według wyliczeń pozwanego kwotę 859.551,72 zł, a kara umowna za nieterminowe wykonanie robót objętych umową z dnia 28 lutego 2011r. – kwotę 2.143.439,14 zł. Kary te zostały wyliczone przez stronę pozwaną w maksymalnej wysokości przewidzianej w obu tych umowach (uzasadnienie odpowiedzi na pozew i pozwu wzajemnego (k. 281 do 299)).

Ustaleń powyższych Sąd dokonał przede wszystkim na podstawie wskazanych wyżej dowodów z dokumentów, które nie zostały zakwestionowane przez strony oraz dowodów z zeznań wymienionych wyżej świadków, którym Sąd dał wiarę jako logicznym i pozostającym w spójności z dowodami z dokumentów – w zakresie wskazanym w powyższej części.

Trzeba podkreślić, że zeznania świadków, w szczególności pracowników wykonawcy i podwykonawcy pozostawały w zasadzie rozbieżne w zakresie dotyczącym przyczyn, z powodu których umowne terminy realizacji robót nie zostały dochowane.

Oceniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie w całości Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom zawnioskowanych przez powoda świadków, a więc min. R. L., L. B., J. J. i R. J., iż przyczyny opóźniające wykonanie umowy podwykonawczej nr 1 tkwiły wyłącznie po stronie wykonawcy. W szczególności, tak jak wspomniano wyżej, informacja dotycząca warunków meteorologicznych w czasie realizacji umowy nie pozwoliła na przyjęcie, aby były one na tyle trudne, by przez dłuższy okres czasu uniemożliwiały jej wykonywanie, a trzeba przyjmować, że powód zawierając umowę, której czas wykonywania przypadał na miesiące zimowe i wiosenne musiał się liczyć ze zmianami pogodowymi, co jest naturalne w naszym klimacie.

Wobec braku wykazania w jakikolwiek inny sposób twierdzenia, że nie było możliwości wykonywania odwodnienia inaczej, niż czynił to powód (np. poprzez dowód z opinii biegłego), Sąd uznał twierdzenia powoda w tym zakresie za niewykazane, nie dając wiary również w tej kwestii zeznaniom wskazanym wyżej świadków, którzy jako pracownicy w zasadzie strony powodowej nie mogli pozostawać obiektywni.

Odnosnie natomiast umowy podwykonawczej nr 2 – w świetle całego materiału dowodowego zebranego w sprawie Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka A. N. – kierownika budowy, który zeznawał, że nie było żadnych przeszkód, aby umowa wykonana była przez powoda w terminie . Przeciwnie twierdzenie należy bowiem wysnuć z zeznań pozostałych świadków, w tym również zawnioskowanych przez stronę pozwaną, którzy potwierdzili, że nie tylko prace zostały rozpoczęte z opóźnieniem (nie z winy podwykonawcy), ale również, że w ich trakcie miała miejsce na skutek ujawnienia wad podłoża blisko miesięczna przerwa w ich realizacji.

### **Sąd Okręgowy zważył w sprawie co następuje:**

Odpowiedzialność solidarną inwestora i wykonawcy reguluje przepis

art. 647<sup>1</sup> § 5 kc. Zgodnie z jego treścią do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Na tle tego przepisu istnieje bogate orzecznictwo sądowe, w którym w ostatnim okresie czasu prezentowana jest wykładnia prowadząca do stopniowego łagodzenia przesłanek zaistnienia odpowiedzialności solidarnej. Znajduje to wyraz przede wszystkim w przyjmowaniu konstrukcji tzw. dorozumianej czynnej zgody inwestora, która, jak wyżej wspomniano, prowadzi do liberalizacji przesłanek odpowiedzialności i obciążenia inwestora większym ryzykiem w sytuacjach zaangażowania w procesie inwestycyjnym podwykonawców.

I tak przywołać trzeba w tym miejscu min. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.10.2010r., sygn. II CSK 210/10, w którym Sąd ten stwierdza, że dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą wyrażona w sposób czynny jest skuteczna – gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się.

Z sytuacją zgody dorozumianej czynnej mamy do czynienia również wówczas, gdy inwestor mając wiedzę o osobie podwykonawcy i zakresie jego prac – faktycznie akceptuje wykonywanie przez niego robót na budowie.

Wyrażenie zgody w sposób czynny może przybrać różną formę. Inwestor może ujawnić ją w sposób wyraźny, pisemnie bądź ustnie, albo też przez inne zachowania, które w sposób dostateczny ujawnią jego wolę w tym zakresie (art. 60 kc). Może zatem nastąpić to przez czynności faktyczne i w sposób dorozumiany, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na budowie, dokonywanie wpisów w dzienniku budowy, odbieranie wykonanych prac, czy też dokonywanie innych czynności – a tego rodzaju okoliczności niewątpliwie zaistniały w niniejszej sprawie. Pozwany inwestor zresztą nawet powyższemu w sprawie nie zaprzeczał, a więc, że miał pełną wiedzę o zatrudnieniu podwykonawców na przedmiotowej inwestycji i że żadnego sprzeciwu wobec powyższego faktu nie zgłaszał.

Tak jak wspomniano, przedmiotowa inwestycja realizowana była głównie przez podwykonawców, czego zresztą w umowie zawartej z wykonawcą nie wykluczono. Podwykonawcy pracowali więc na wielu etapach tej inwestycji, dokonując, tak jak wspomniano, wpisów dotyczących min. rozpoczęcia przez nich prac w dzienniku budowy. Podwykonawcy brali też udział w radach budowy.

W tego rodzaju przypadku więc jak niniejszy należy przyjąć w sposób niewątpliwy, że mamy do czynienia właśnie z przykładem wyrażenia przez inwestora zgody na zatrudnienie podwykonawcy w sposób dorozumiany czynny (ze zgodą bierną mamy do czynienia wówczas, gdy inwestor nie reaguje na przedstawiony mu wniosek wykonawcy o udzielenie tej zgody, co wynika wprost z art. 647<sup>1</sup> § 2 kc - tak min. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 18.12.2013r. sygn. I ACa 1031/13, Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 10.04.20104r. I ACa 882/13).

Tak jak wspomniano wyżej orzecznictwo sądowe w którym zajmowane jest takie stanowisko jest obecnie dominujące, co skłania do przyjęcia, że koncepcja wyrażenia zgody przez inwestora na umowę podwykonawczą w taki właśnie sposób, jak i jej konsekwencje w postaci odpowiedzialności solidarnej - jest już obecnie w orzecznictwie ugruntowana, pomimo także krytycznych uwag w tym przedmiocie wskazywanych w piśmiennictwie, wskazujących na obciążanie, na skutek powyższego, inwestora znacznie większym ryzykiem niż podwykonawcy.

Trzeba również podkreślić, że w orzecznictwie wskazuje się też, że przepis art. 647<sup>1</sup>§2 kc nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przekazania mu dokumentacji, jeżeli wyraża on zgodę w sposób czynny (także dorozumiany) na udział podwykonawcy. Inwestor może bowiem uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła i to zarówno przed jak i po jej zawarciu - tak min. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 29.05.2014r. sygn. I ACa 161/14.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24.01.2014r. sygn. V CSK 124/13 stwierdził, że skuteczność zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą wyrażona w taki sposób nie jest uzależniona od przedstawienia mu umowy lub jej projektu oraz wiedzy o istotnych jej postanowieniach, jeżeli inwestor rezygnuje z uprawnienia do wglądu do dokumentacji lub żądania informacji. Przepis bowiem art. 647<sup>1</sup>§ 2 kc nie określa szczegółowych warunków zgody wyrażanej w sposób dorozumiany (a więc jak w niniejszym przypadku) lub też w sposób wyraźny. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że nie ma podstaw do rozciągania wymagań określonych tym przepisem na wypadki wyrażania zgody w sposób dorozumiany czynny.

Reasumując, nie przedstawienie więc inwestorowi zarówno przez wykonawcę jak i podwykonawcę łączącej ich umowy, wobec wyrażenia przez inwestora w sposób dorozumiany zgody na wykonywanie prac w ramach podwykonawstwa, nie może skutkować uwolnieniem się inwestora od odpowiedzialności wynikającej z powołanego wyżej przepisu.

Nie ma na nią również wpływu ewentualna okoliczność, że w umowie z wykonawcą zastrzeżono, że będzie on prace wykonywał własnymi siłami, a zaangażowanie podwykonawcy uzależnione będzie od jego zgody, czy też wyrażenie zgody wymagało przeprowadzenia określonej procedury (tak jak wynika to z umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w niniejszym przypadku).

Umowa o podwykonawstwo, choć powiązana z umową zawieraną pomiędzy inwestorem a wykonawcą kreuje bowiem odrębny stosunek zobowiązaniowy. Sytuację podwykonawcy wyznacza przede wszystkim treść umowy zawartej z wykonawcą, a odpowiedzialność inwestora wynika z bezwzględnego przepisu ustawy i dla jej przedmiotu oraz granic – pozbawione znaczenia są stosunki wewnętrzne oparte na umowie inwestor – wykonawca (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16.04.2014r., sygn. V CSK 296/13).

Można również w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4.02.2011r., sygn. III CSK 157/10, w którym Sąd ten stwierdził, że skoro inwestor wyraził w sposób czynny zgodę na podwykonawstwo – to wiedział co robi i nie jest mu już potrzebny żaden mechanizm obronny, pomimo również takiej sytuacji, gdy należności ustalone umową, którą zawarł z wykonawcą zostały uregulowane - co zapewne miało miejsce w niniejszym przypadku.

W takich okolicznościach dalsze rozliczenia nastąpić mogą według zasad dotyczących rozliczeń dłużników solidarnych, co nie ma znaczenia dla wierzyciela, który może zgodnie z tymi zasadami domagać się zapłaty od każdego z nich.

Mając na względzie powyższe, zarzuty pozwanego ad. 2 (...) co do niezaimplementowania przesłanek odpowiedzialności solidarnej, z uwagi na niewyczerpanie procedur wynikających z umowy, którą zawarł z wykonawcą – należało uznać za niezasadne, w świetle powołanego przepisu art. 647<sup>1</sup>§ 5 kc.

Do rozważenia pozostały więc kwestie dotyczące skuteczności podniesionego przez pozwanego ad. 1 tj. (...) SA zarzutu potrącenia z wierzytelnością powoda (która nie była co do zasady zakwestionowana) wierzytelności tego pozwanego z tytułu kar umownych za zwłokę w realizacji przedmiotu obu umów, jak też zasadności jego żądania w zakresie części tych kar oraz kosztów wykonawstwa zastępczego - objętych pozwem wzajemnym.

W ocenie Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie dało podstawę do przyjęcia, że jedynie w przypadku umowy nr (...), tj. umowy z dnia 26 października 2010r. powodowy podwykonawca dopuścił się 16-dniowej zwłoki w jej wykonaniu, co uzasadniało, w świetle zapisów tej umowy, naliczenie przez pozwanego wykonawcę kar umownych w wysokości ustalonej tą umową, a więc 0,1 % za każdy dzień zwłoki. Jedynie więc w tym zakresie – tj. co do kwoty 136.410,16 zł zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego (...) SA, mając na względzie jego wcześniejsze oświadczenie o potrąceniu, należało uznać za uzasadnione.

Kwota ta wyliczona została stosownie do § 6 ust 1 umowy oraz załącznika do niej stanowiącego kosztorys ofertowy na ogólną wartość brutto 8.525.634,90 zł.

Na wstępie trzeba zaznaczyć, że zgodnie z art. 647 kc wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązany jest 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. Korelatem obowiązku więc wykonawcy w zakresie wyżej wskazanym jest obowiązek odebrania gotowego obiektu lub robót i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy.

Zdecydowanie dominujący jest obecnie w orzecznictwie sądowym pogląd obligujący co do zasady inwestora do odbioru robót budowlanych. Podkreśla się, że obowiązek ten jest aktualny także w przypadku stwierdzenia ewentualnych wad przedmiotu inwestycji. Jeżeli bowiem wykonawca zgłosi zakończenie robót budowlanych – inwestor zobowiązany jest dokonać ich odbioru, a jedynie w protokole z tej czynności należy zawrzeć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru robót przez inwestora jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy

przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie nadaje się do użytkowania (tak min. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7.03.2013r. sygn. II CSK 476/12, tak też min SA w Katowicach w wyroku z dnia 30.03.2006r., I ACa 1900/05 oraz SA w Białymstoku w wyroku z dnia 18.12.2014r. ACA 629/14

Przyjmuje się, że jeżeli inwestor z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, to następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie wykonawcy staje się wymagalne z chwilą, w której, po spełnieniu obowiązku przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić.

W niniejszej sprawie, jak wynika z dokonanych wcześniej ustaleń, odnośnie pierwszej z umów podwykonawczych roboty zgłoszone zostały do odbioru przez podwykonawcę ostatecznie w dniu 16.11.2011r., zaś w przypadku drugiej umowy podwykonawczej – w dniu 31.08.2012r. W obu tych przypadkach – generalny wykonawca odmówił przystąpienia do odbioru końcowego, wskazując w kierowanych do podwykonawcy pismach na szereg przyczyn, w tym przede wszystkim na usterki w wykonanych przez powoda robotach.

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce jedynie wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy, albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie - istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe ewentualne wady świadczyć mogą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania, co daje inwestorowi podstawę do domagania się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia – nie uzasadnia zaś odmowy odbioru.

O ile jedynie odnośnie pierwszej umowy podwykonawczej powód sam przyznał, że dokonał ponownego zgłoszenia robót do odbioru 16.11.2011r. (a więc przyznał ostatecznie, że przed tą datą roboty objęte umową nie były wykonane, a więc zgłoszenie ich do odbioru było przedwczesne) – to zgłaszając te prace w powyższej dacie, jak też roboty z drugiej umowy w dniu 31.08.2012r. do odbioru – zadeklarował w ten sposób nie tylko to, że roboty na ten czas zostały wykonane ale także, że nastąpiło to zgodnie z umową.

Pozwany natomiast (generalny wykonawca) nie wykazał w żaden sposób, aby po pierwsze, przedmiot umowy nie został zrealizowany w tym czasie, po drugie zaś, by obarczony był wadami uniemożliwiającymi korzystanie z niego. Powołał się bowiem w sprawie na tą okoliczność wyłącznie na pisma kierowane do podwykonawcy informujące go o przyczynach braku odbioru, jak też o ewentualnych dalszych usterekach, z których treści jednak tego rodzaju wniosków wywieść nie można.

Mając na względzie zaś zarówno treść przepisu art. 647 kc, jak i ustalenia w obu umowach podwykonawczych co do zasad odbioru jaki powinien mieć miejsce po zakończeniu przedmiotu obu umów, jak również fakt, że inwestycja realizowana na podstawie umowy zawartej przez generalnego wykonawcę z inwestorem w dniu 16.11.2010r. została zakończona i odebrana przez zamawiającego bez zastrzeżeń, co wynika z protokołu odbioru tych robót – zarzuty pozwanego (...) SA co do zwłoki w ich wykonywaniu (oprócz 16 dni realizacji umowy podwykonawczej nr 1) – należało uznać za nieuzasadnione.

Trzeba też podkreślić, że pozwany w zasadzie w odniesieniu do obu umów nie wskazał żadnej daty, w której według niego zostały one ostatecznie wykonane – co w rezultacie dało mu podstawę do wyliczenia kar za zwłokę w maksymalnej, przewidzianej tymi umowami wysokości, choć całe zadanie inwestycyjne zostało zrealizowane w przewidzianym umową zawartą z inwestorem terminie. Oczywiście nie można wykluczyć sytuacji niewykonania przez podwykonawcę przedmiotu obu umów, niemniej to na pozwanym spoczywał ciężar dowodu na okoliczność, że w datach zgłoszenia robót z obu umów do odbioru – nie było to możliwe, ze względu na niewykonanie (a nie nienależyte wykonanie) zobowiązania przez powoda, czego w niniejszym przypadku pozwany w ocenie Sądu nie uczynił. Tak jak wspomniano, sama treść pism kierownika budowy do powodowego podwykonawcy z informacjami o przyczynach nieprzystąpienia do odbioru, jak też zeznania świadków będących pracownikami pozwanego – nie daje w ocenie Sądu

podstawy do przyjęcia, że podwykonawca pozostawał w zwłoce w ich realizacji, a nadto, że zwłoka ta uzasadniała naliczenie kar umownych w maksymalnej wysokości.

Dotyczy to obu umów, a więc zarówno umowy podwykonawczej nr 1, którą powód realizował w całości, jak też umowy nr (...) – wykonanej częściowo z uwagi na zaangażowanie przez generalnego wykonawcę drugiego podwykonawcy, tj. firmę (...). Również w tym drugim przypadku zamawiający nie był zwolniony od obowiązku przystąpienia do odbioru (choćby częściowego) robót wykonanych przez podwykonawcę.

Pozwany odnośnie tej umowy nie wykazał również, aby powód opóźniał się w realizacji prac przewidzianych w ustalonym z nim harmonogramie, bowiem jak wskazano strony niniejszego sporu nie przedstawiły do akt sprawy żadnego harmonogramu, który zgodnie z ustaleniami umownymi miał stanowić załącznik do tej umowy.

Trzeba też zaznaczyć, że w umowie nie przewidziano naliczania kar umownych za ewentualną zwłokę w realizacji harmonogramu, ale jedynie za przekroczenie terminu ostatecznego wykonania całości robót.

Pozwany (...) SA, w ocenie Sądu Okręgowego, nie wykazał również by wykonanie części tej umowy do dnia 31.08.2012r. wynikało z przyczyn zawinionych przez powoda, wskazując jednie, że zagrożenie niedochowania przez niego tzw. kamienia milowego spowodowało konieczność zaangażowania kolejnego podwykonawcy, tj. firmy (...).

Okoliczność powyższa sama w sobie nie wskazuje bowiem w sposób jednoznaczny na to, że powodowy podwykonawca popadł w zwłokę w realizacji prac w stosunku do terminów przewidzianych umową. Twierdzenie bowiem strony powodowej, że gdyby prace mógł wykonywać sukcesywnie, bez żadnych istotnych przerw - zdołałby je w pełni zrealizować w terminach wynikających z umowy - żadnymi wiarygodnymi dowodami nie zostało obalone. Z zeznań słuchanych w sprawie świadków niewątpliwie wynikało, że powód zawierając umowę miał w pełni zdolność do jej wykonania ( a więc wyprodukowania i położenia określonej ilości masy bitumicznej). Zapewne też oprócz przedmiotowego kontraktu przewidywał w swojej działalności również zawarcie i realizowanie innych umów, trudno sobie bowiem wyobrazić aby tak duży przedsiębiorca postępował inaczej, a więc by ograniczał się wyłącznie do współpracy z pozwanym. To, że z przyczyn przez niego niezawinionych doszło do dużych opóźnień przy wykonywaniu tej umowy, spowodowało w rezultacie konsekwencje w postaci spiętrzenia ilości prac w okresie, w którym zakładano realizację tzw. kamienia milowego. Oczywistym jest, że powód mając w tym czasie także inne planowane zobowiązania nie mógł dostarczyć pozwanemu takiej ilości masy bitumicznej, która umożliwiałaby wykonanie większej ilości robót w krótkim okresie czasu, niż wynikało to z pierwotnych jego założeń.

Trzeba też wyraźnie podkreślić, że wbrew stanowisku prezentowanemu przez pozwanych umowa zawarta z podwykonawcą nie wskazywała, że obowiązany on jest dochować tzw. kamienia milowego, bowiem te ustalenia wynikały jedynie z umowy jaką inwestor zawarł z generalnym wykonawcą. Sam fakt, że harmonogram prac ustalony przez te podmioty był dostępny na terenie budowy, a więc, że podwykonawca mógł się z nim zapoznać, nie ma wpływu na ocenę jego obowiązków, które wynikają tylko i wyłącznie z treści umowy podwykonawczej.

Podkreślić należy również, że pozwany nie sformułował w sprawie żadnego wniosku dowodowego z którego mogłoby ewentualnie wynikać, że już w dacie zawarcia umowy z podwykonawcą, tenże nie miał żadnych możliwości jej zrealizowania - w sytuacji gdyby prace prowadzone byłyby sukcesywnie przez cały okres przewidziany w umowie na ich wykonanie.

Reasumując, w ocenie Sądu powodowy podwykonawca nie popadł w zwłokę przy wykonywaniu umowy podwykonawczej nr 2, a fakt, że w części umowa ta została zrealizowana przez firmę (...) wynikał z obaw generalnego wykonawcy niedotrzymania warunków umowy łączącej go z inwestorem, co jednak nie miało bezpośredniego przełożenia na obowiązki podwykonawcy wynikające z zawartej przez niego umowy.

Odnosząc się natomiast do umowy podwykonawczej nr 1 – to tak jak wspomniano, Sąd przyjął, iż powód popadł w zwłokę w jej realizacji za okres szesnastu dni w stosunku do ustalonego terminu umownego.

Powód usprawiedliwiał powyższe szeregiem okoliczności, które jak twierdził były od niego niezależne, a więc przede wszystkim warunkami atmosferycznymi, opóźnieniami w udostępnieniu mu kolejnych odcinków robót, brakiem dostatecznej obsługi geodezyjnej czy też (zasadniczo) problemem z odwodnieniem terenu.

W ocenie Sądu Okręgowego trzeba natomiast przede wszystkim wskazać, że powód jako profesjonalista zawierając umowę, która realizowana miała być również w okresie wczesnowiosennym, musiał zdawać sobie sprawę z atmosferycznych przeszkód, które mogą pojawić się w tym okresie czasu i uwzględnić powyższe przy ustalaniu terminu jej realizacji. Trzeba też podkreślić, że warunki te, jak wynika z materiału dowodowego zebranego w sprawie, nie wskazywały na jakies szczególne anomalie i były typowe dla naszego klimatu w okresie wiosennym.

Odnośnie zaś kwestii zalewania terenu i trudności z jego odwadnianiem, tak jak wskazano wcześniej, w ocenie Sądu powód nie przedstawił dostatecznego dowodu w sprawie na okoliczność, iż żadna inna metoda, niż oczekiwanie na osuszenie terenu, nie mogła przez niego zostać zastosowana.

W sytuacji więc, gdy zeznania świadków słuchanych w sprawie wskazują, iż powód mógł również zastosować inną technologię – należało przyjąć, zdaniem Sądu, iż samo twierdzenie powoda o braku takiej możliwości nie jest wystarczające by przyjąć powyższe za wykazane.

Brak jest też w materiale dowodowym dostatecznych podstaw do przyjęcia, że nienależyta obsługa geodezyjna spowodowała, iż powód przez okres 16-dni nie mógł wykonywać robót objętych umową, jak też by zaistniały inne przyczyny wywołane przez generalnego wykonawcę, które skutkowałyby powyższym.

Reasumując, tak jak wyżej wskazano odnośnie tej umowy Sąd uznał, że powodowy podwykonawca popadł w 16-dniową zwłokę w jej realizacji, co w rezultacie dało podstawę do uwzględnienia zarzutu potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu kar umownych jedynie w kwocie 136.410,16 zł.

Powyżej przedstawione okoliczności spowodowały też, że nie został uwzględniony pozew wzajemny obejmujący również w części żądanie w zakresie kar umownych za zwłokę w realizacji obu umów.

Pozew wzajemny oddalony został także w części dotyczącej kosztów wykonawstwa zastępczego z powodów następujących:

Pozwany (...) SA formułując żądanie w tym zakresie wskazał, że dochodzona pozwem wzajemnym kwota stanowi koszt wykonania zastępczego – nie zaś odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy. Wykazując wysokość żądania pozwany powołał się jedynie na dowód z umowy zawartej z firmą (...), jak również na wydruk zestawienia zrealizowanych przez tą firmę prac. Mając na względzie, że powód (pозwany wzajemny) zaprzeczył zasadności żądania w tym zakresie (jak również jego wysokości), należało przyjąć, że wysokość kosztów z tego tytułu poniesionych nie została przez powoda wzajemnego w sposób dostateczny wykazana, bowiem przede wszystkim nie przedstawiono w sprawie żadnego dowodu na okoliczność, że zakres prac wykonanych przez B. w pełni odpowiadał tym pracom, które w ramach umowy miał wykonać powód (pозwany wzajemny).

Słuszny jest również zarzut pozwanego wzajemnego, że roszczenie powoda wzajemnego nie znajduje też uzasadnienia zarówno w ustaleniach umownych pomiędzy stronami, jak też w przepisach kodeksu cywilnego.

Jak wynika bowiem z treści umowy, w jej paragrafie 7 ust 3 pkt b przewidziano, że jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, które nadają się do usunięcia i nie zostaną usunięte w terminie wyznaczonym przez wykonawcę – ma on prawo do zastępczego usunięcia wad na koszt i ryzyko podwykonawcy, samodzielnie lub z pomocą osób trzecich.

Art. 480 § 1 kc stanowi natomiast, że 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 – a z żądaniem takim w niniejszym przypadku pozwany (nawet gdyby przyjąć, że powód popadł w zwłokę) nie wystąpił.



Pozostaje więc przepis art. 636 § 1 kc, który stanowi, iż jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić, albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Sprzeczność z umową w rozumieniu powołanego wyżej przepisu dotyczy odstępstwa od określonego sposobu wykonywania dzieła (robót budowlanych), które skutkuje wykonaniem wadliwym i niezgodnym z umową. Terminowość wykonania dzieła nie mieści się natomiast w dyspozycji art. 636 kc i nie może być uznawana za przejaw „wykonania dzieła w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową” (tak: min Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.11.2008r., sygn. V CSK 182/08, czy też Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 14.02.2013r. I ACa 836/12).

Reasumując powyższe, żądanie powoda wzajemnego zarówno w oparciu o umowę zawartą pomiędzy stronami, jak też powołany przepis art. 636 § 1 kc należało uznać za bezzasadne, a tak jak wspomniano powód wzajemny nie dochodził odszkodowania (które i tak w oparciu jedynie o dowody w postaci umowy wraz z wydrukiem ilości wykonanych prac) należałoby uznać za niewykazane.

Mając więc na względzie, że za skuteczny należało uznać zarzut potrącenia jedynie co do kwoty 135.410,16 zł roszczenie powoda uwzględniono więc co do kwoty 981.157,84 zł, o czym orzeczono w pkt I wyroku z pozwu głównego, na podstawie art. art. 647 <sup>1</sup>§ 5 kc, a pozew wzajemny oddalono w całości, z uwagi na niewykazanie przez powoda wzajemnego roszczenia objętego tym pozvem, w świetle przepisów art. 636 § 1 kc oraz 483 § 1 kc i paragrafu 16 umowy z dnia 26 lutego 2011r. i umowy z dnia 26 października 2010r.

O odsetkach za opóźnienie w zapłacie orzeczono natomiast stosownie do art. 481 § 1 kc, z tym, że w stosunku do pozwanego (...) SA odsetki te zasądzono zgodnie z żądaniem pozwu, tj. od daty wymagalności wynikającej z wystawionych przez powoda dokumentów rozliczeniowych, zaś w stosunku do pozwanego inwestora z terminem od wezwania go do zapłaty, z powodów następujących:

Sąd Okręgowy nie podziela odnośnie odsetek stanowiska powoda, że w stosunku do inwestora może on żądać ich w terminie analogicznym jak w stosunku do wykonawcy, bowiem z art. 647 <sup>1</sup> kc nie wynika, aby inwestor oraz generalny wykonawca ponosili solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawcy za należności uboczne, w takim samym zakresie jak zobowiązani do tego z umowy. Zakres odpowiedzialności inwestora opartej na w/wym. przepisie ograniczony jest bowiem do wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie obejmuje zaś kwestii terminowego dokonania przez niego zapłaty. Obowiązek spełnienia świadczenia przez inwestora wyznacza natomiast skierowane do niego wezwanie do zapłaty (tak min. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 1.10.2013r. I ACa 924/12 oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 27.02.2014r. sygn. V ACa 746/13).

Powyższe, nie pozostaje w sprzeczności z zasadami dotyczącymi zobowiązań solidarnych, wskazać bowiem trzeba, że zgodnie z art. 368 kc zobowiązanie może być solidarne, chociażby każdy z dłużników był zobowiązany w sposób odmienny albo chociażby wspólny dłużnik był zobowiązany w sposób odmienny względem każdego z wierzycieli.

O kosztach postępowania w sprawie z pozwu głównego orzeczono natomiast stosownie do wyniku sporu - stosunkowo je rozdzielając na podstawie art. 100 kpc, zaś odnośnie pozwu wzajemnego na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc.