

Sygn. akt XXV C 430/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: sekretarz sądowy Arkadiusz Połaniecki

po rozpoznaniu w dniu 30 listopada 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad**

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. kwotę 536.696,05 zł (pięćset trzydzieści sześć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych pięć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 22 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałej części;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. kwotę 30.007 zł (trzydzieści tysięcy siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

IV. nakazuje pobrać od Przedsiębiorstwa (...)

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 515,07 zł (pięćset piętnaście złotych siedem groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

V. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

i Autostrad na rzecz na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 835,40 zł (osiemset trzydzieści pięć złotych czterdzieści groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 430/13

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 11 grudnia 2015 r.

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w M. pozwem z dnia 30 października 2013 r. wniosła

o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 867.586,50 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 22 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty.

Na uzasadnienie pozwu powód podał, że na podstawie zawartej w trybie zamówienia publicznego umowy z dnia 21 grudnia 2010 r. wykonywał na rzecz pozwanego remonty nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych administrowanych przez (...) Oddział

w W. Rejon w B.. W dniu 18 lipca 2011 r. (...) przesłała powodowi zlecenie wykonania w terminie do 20 września 2011 r. odnowy nawierzchni asfaltowej drogi krajowej nr (...) na odcinku P.-S. od km 198+100 do km 217+260 i od km 218+160 do km 219+140, na długości 20,140 km, poprzez sfrezowanie małych powierzchni

i odtworzenie betonem asfaltowym w technologii remontu cząstkowego (bez tzw. korekcyjnego frezowania całej powierzchni drogi) oraz ułożenie warstwy ścieralnej

w technologii nawierzchni asfaltowej (...) gr. 5 cm. Powodowa spółka poinformowała jednostkę organizacyjną pozwanego, że nie może przystąpić do wykonania zlecenia, gdyż technologia zaproponowana przez pozwanego była niemożliwa do przeprowadzenia. Przyczyną przeszkody był zły stan techniczny nawierzchni drogi krajowej nr (...) na odcinku, który miał zostać wyremontowany wyłącznie metodą remontów cząstkowych, a następnie miała zostać wykonana warstwa ścieralna (...). Wymagana przez pozwanego technologia okazałaby się niewystarczająca dla osiągnięcia zamierzonego efektu prac, tj. uzyskania wymaganych parametrów dla tej kategorii drogi. W efekcie korespondencji stron pozwany ostatecznie zgodził się ze stanowiskiem powoda i strony uzgodniły pismami z dnia 15 września 2011 r. (pozwanego) i 20 września 2011 r. (powoda) inną technologię wykonania zlecenia, polegającą na wyrównaniu kolein grysem i emulsją w tzw. technologii powierzchniowego utrwalenia, a następnie ułożenia nawierzchni asfaltowej (...) jako warstwy ścieralnej o stałej grubości. Projekt organizacji ruchu zatwierdzony przez pozwanego zawierał 64 etapy, zatem czas wykonania robót wynosił co najmniej 64 dni robocze. Tym samym rozpoczęcie robót nawierzchniowych mogło nastąpić najwcześniej 20 września

2011 r. a zakończenie prac było możliwe najwcześniej z dniem 10 grudnia 2011 r. Prace zostały wykonane przez powoda 9 grudnia 2011 r. Powód wystawił następnie pozwanemu

w dniu 22 grudnia 2011 r. fakturę VAT na kwotę 1.701.567,33 zł. Z faktury tej pozwany zapłacił jedynie część należności w wysokości 833.980,83 zł. Pozostała część należności

w wysokości 867.586,50 zł nie została zapłacona. Odmawiając zapłaty tej sumy pozwany powołał się na instytucję kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu zadania, o których mowa w § 14 ust. 1 pkt. 3 umowy. Stanowisko pozwanego obarczającego powoda odpowiedzialnością finansową za niewykonanie zlecenia w pierwotnie zaproponowanym terminie jest niezasadne. Wobec zwłoki pozwanego z zapłatą wynagrodzenia umownego konieczne stało się poszukiwanie przez powoda ochrony sądowej.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 8 stycznia 2013 r. tutejszy Sąd nakazał pozwanemu, żeby zapłacił powodowi kwotę 867.586,50 zł wraz

z odsetkami ustawowymi od dnia 22 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty (k. 145-157) pozwany Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zaskarżył powyższy nakaz zapłaty w całości i wniósł o oddalenie powództwa w całości.

W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany podniósł, że zaistniały przesłanki do naliczenia przez (...) kary umownej zastrzeżonej przez strony w umowie na wypadek zwłoki (...) w wykonaniu poszczególnych elementów robót. Chociaż (...) przesunęła

z korzyścią dla powoda termin zakończenia robót, to ten dopuścił się opóźnienia

z rozpoczęciem, a następnie z wykonaniem prac. Opóźnienie było związane z niewłaściwą organizacją pracy, brakiem personelu, sprzętu i materiałów, co skutkowało powstaniem zwłoki w rozumieniu art. 476 k.c. Wykonawca nie przystąpił niezwłocznie po przyjęciu zlecenia do remontów cząstkowych. Wspólne pomiary przeprowadzone na drodze przez strony nie potwierdziły zgłaszanych przez powoda zastrzeżeń co do niemożliwości wykonania zadania z przyczyn technologicznych. Dopiero w sytuacji zagrożenia, że roboty zostaną zlecone innej firmie, wykonawca w dniu 6 września 2011 r. przejął pas drogowy

i w dniu 7 września 2011 r. przystąpił do robót, rozpoczynając wykonanie remontów cząstkowych. Zamawiający nie wyraził zgody na zaproponowany przez wykonawcę harmonogram robót wskazując, że nieprzekraczalny termin na

wykonanie robót bitumicznych to 15 października 2011 r. Z zatwierdzonego projektu organizacji ruchu podzielonego na 64 etapy nie wynikała konieczność prowadzenia robót przez co najmniej 64 dni robocze, bowiem etapy były często krótkie i nawet jeden pracujący zespół roboczy mógł wykonywać dziennie przynajmniej dwa odcinki. Możliwe było również prowadzenie robót przy zaangażowaniu dwóch lub trzech zespołów do układania nawierzchni. Twierdzenie o konieczności układania nawierzchni przez 64 dni robocze obalił sam wykonawca, bowiem wykonał ją w ciągu 34 dni roboczych i to pracując tylko jednym zespołem, który na dodatek rozpoczynał pracę czasami nawet dopiero w godz. 12.00-14.00. Wykonawca zakończył roboty nawierzchniowe w ciągu głównym dopiero 28 października 2011 r., natomiast 7 listopada 2011 r. wykonał nawierzchnie na zjazdach, skrzyżowaniach i zatokach autobusowych. Następnie powód poinformował pozwanego, że ma problemy materiałowe. Do wykonania poboczy z kruszywa przystąpił dopiero 29 listopada 2011 r. i zakończył je 9 grudnia 2011 r. Roboty te ze względu na bezpieczeństwo ruchu powinny być wykonywane na bieżąco, w miarę przyrastania nowej warstwy nawierzchni. W dniu 19 grudnia 2011 r. dokonano komisyjnego odbioru końcowego zadania. Opóźnienie wykonawcy z wykonaniem robót stanowiło zwłokę uprawniającą zamawiającego do naliczenia kar umownych zastrzeżonych w § 14 ust. 1 pkt. 3 umowy. Zamawiający naliczył karę umową za 55 dni zwłoki w wysokości 867.587,50 zł, a w dniu 27 grudnia 2011 r. wystawił stosowną notę księgową oraz złożył oświadczenie o potrąceniu kary umownej z wynagrodzeniem wykonawcy za wykonane roboty. Z tych przyczyn powództwo jest bezpodstawne i powinno zostać oddalone.

W kolejnych pismach procesowych strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska procesowe w sprawie.

W piśmie procesowym z dnia 15 lipca 2013 r. (k. 499-504) powód podniósł ponadto, że przy zleceniu robót nie została zachowana przez pozwanego procedura określona w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt. VII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia). Żaden z zapisów umownych nie przyznał pozwanemu uprawnienia prawokształtującego do jednostronnego i arbitralnego nakładania na powoda obowiązków w zakresie terminów wykonania umowy jako całości, jak i poszczególnych zadań. Od samego początku kwestia zakresu robót, ich technologii i lokalizacji nie była ze strony pozwanego doprecyzowana, a pozwany wycofywał się ze swych pierwotnych założeń i zmieniał stanowisko. Powód nie mógł rozpocząć prac także z uwagi na otrzymanie od pozwanego akceptacji recept laboratoryjnych na masy bitumiczne do wykonania remontów częściowych dopiero w dniu

23 sierpnia 2011 r. Dopiero pismo pozwanego z dnia 14 września 2011 r., korygujące pierwotne zlecenie, pozwalało na rozpoczęcie prac. Prace celowo były rozpoczynane przez powoda około godziny 10:00 z uwagi na fakt, że wczesnym rankiem występowały niskie temperatury, które mogły być szkodliwe dla jakości wykonywanych robót. Z uwagi na krótszy o tej porze dzień roku i warunki atmosferyczne nie było możliwe wykonywanie robót w powiązaniu z kilkoma etapami organizacji ruchu jednego dnia. Zgodnie z warunkami przetargowymi wykonawcy ubiegający się o udzielenie kontraktu mieli wykazać się tylko jedną układarką do mas bitumicznych, obsługiwanych przez jeden zespół.

Pozwany w piśmie procesowym z dnia 18 lutego 2014 r. (k. 569-580) wskazał, że podpisując w dniu 19 lipca 2011 r. zlecenie na remont drogi bez zastrzeżeń powód zobowiązał się do jego realizacji w zakresie, technologii oraz terminie w nim określonym. Pomimo przesunięcia terminu zakończenia robót wykonawca i tak dopuścił się opóźnienia z rozpoczęciem a następnie z wykonaniem prac. Przedłużenie terminu tylko do dnia 15 października 2011 r. wynikało stąd, że po ułożeniu nawierzchni konieczne było jeszcze wykonanie oznakowania poziomego, a prace te nie mogą być wykonywane w okresie zimowym. Wykonawca mógł wystąpić o akceptację recept laboratoryjnych mas bitumicznych na remonty częściowe jeszcze przed przyjęciem zlecenia.

W piśmie procesowym z dnia 16 lutego 2014 r. (k. 606-617) powód podniósł dodatkowo, że zlecenie pozwanego nie zawierało pozycji „wyrównanie kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalenia”, który to element był kluczowy dla możliwości wykonania pozostałych robót. Zakres dodatkowo koniecznych do wykonania a nieprzewidzianych w zleceniu z dnia 18 lipca 2011 r. robót obejmował wyrównanie kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalania przy średniej grubości 2 cm

w ilości 4.892,00 m² oraz wyrównanie kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalenia przy średniej grubości 3 cm w ilości 3.145,60 m². Korekta technologii zwiększała zakres robót i powodowała konieczność uwzględnienia tego

w harmonogramie, co zostało zaniechane przez (...). W odniesieniu do robót polegających na wykonaniu warstw nawierzchni z betonu asfaltowego oraz z mieszanki mastykowo-grysowej (...) o charakterze odnów, zakres robót i termin ich wykonania miał być ustalany odrębnymi protokołami i zgłaszany wykonawcy do realizacji, a taki dokument nie powstał. Termin 15 października 2011 r. wynikający z pisma (...) odnosił się wyłącznie do robót bitumicznych. Powód zarzucił również, że kara umowna naliczona przez pozwanego jest rażąco wygórowana, bowiem nie przystaje do ewentualnej szkody pozwanego. Pozwany nie poniósł na skutek rzekomego opóźnienia powoda żadnej szkody, a całość zadania została wykonana. Uzasadnia to miarkowanie przez Sąd kary umownej.

Precyzując wniosek o miarkowanie kary umownej pełnomocnik powoda na rozprawie z dnia 30 listopada 2015 r. oświadczył, że miarkowanie powinno nastąpić do wysokości 1% naliczonej kary umownej. (k. 915).

Pełnomocnik pozwanego na rozprawie z dnia 30 listopada 2015 r. podniósł natomiast, że nie ma podstaw do miarkowania kary umownej, bowiem sam fakt niewykonania zobowiązania w terminie stanowi dla zamawiającego szkodę, natomiast wykonanie zobowiązania w terminie w znacznej części nie jest przesłanką do miarkowania kary umownej. Naliczona kara umowna stanowi 11% wynagrodzenia z tytułu zlecenia z 18 lipca 2011 r. i około 3% wynagrodzenia z tytułu całej umowy ramowej z 2010 r. i jest karą sprawiedliwą. (k. 915).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 21 grudnia 2010 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiający, i Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o., jako wykonawca, zawarli umowę, na podstawie której zamawiający zlecił a wykonawca przyjął „Wykonanie remontów nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. Rejon w B.” w zakresie określonym szczegółowo w ofercie wykonawcy oraz w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia, a także zgodnie z Ogólną Specyfikacją Techniczną

D-M.-00.00.00 oraz Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi (§ 1 umowy). Termin realizacji robót będących przedmiotem umowy określono na 36 miesięcy od daty podpisania umowy, tj. do dnia 20 grudnia 2013 r. (§ 3 ust. 1 umowy). W § 5 ust. 1 umowy ustalono,

że maksymalne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy nie przekroczy kwoty netto 15.774.300 zł plus 22% podatek VAT 3.470.346 zł, co łącznie stanowi kwotę brutto 19.244.646 zł, przy czym – zgodnie z § 5 ust. 2 umowy – za wykonanie robót stanowiących przedmiot umowy zamawiający zapłacić miał wykonawcy wynagrodzenie wynikające z ilości robót faktycznie wykonanych i odebranych przez zamawiającego oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. W § 14 umowy zastrzeżono kary umowne, które wykonawca zapłacić ma zamawiającemu, w tym kary: za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki (ust. 1), a także za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów robót w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa

w § 5 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki licząc od terminu określonego przez zamawiającego (ust. 2). Zgodnie z § 23 umowy, integralną część umowy stanowią oferta wykonawcy z 17 listopada 2010 r. i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. (umowa nr (...) z 21.12.2010 r. – k. 16-23).

Aneks nr (...) z dnia 10 stycznia 2011 r. zmieniono ust. 1 § 5 umowy ustalając,

że maksymalne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy określonego

w § 1 nie przekroczy kwoty netto 15.774.300,00 zł plus 23% podatku VAT w kwocie 3.628.089,00 zł, co łącznie stanowi kwotę brutto 19.042.389,00 zł (aneks nr (...) z dnia

10.01.2011 r. – k. 24).

Szczegółowy opis robót zawarty został w Opisie Przedmiotu Zamówienia (zwanym dalej również (...)), stanowiącym część SIWZ. Określone w nim lokalizacje dróg przeznaczonych do remontów nawierzchni obejmowały m.in. drogę krajową nr (...),

w szczegółowo wskazanych kilometrażach (pkt. II). W założeniach do sposobu wykonywania robót (pkt. III.1) określono, że roboty obejmują: (a) zasadnicze remonty wykonywane po okresie zimowym po dokonaniu przeglądów nawierzchni przez zamawiającego i ustaleniu zakresu robót oraz terminu wykonania, (b) zakres robót i terminy wykonania warstw nawierzchni z betonu asfaltowego oraz z mieszanki mastyksowo-grysowej (...) o charakterze odnów ustalany będzie odrębnymi protokołami i zgłaszany wykonawcy do realizacji, (c) remonty cząstkowe doraźne wykonywane masą mineralno-bitumiczną przy użyciu recyklera (lub masą z wytwórni mas bitumicznych transportowanych w termosach)

w okresie między zasadniczymi remontami na wezwanie zamawiającego wg. zasady: uszkodzenia stanowiące zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu na drogach będą likwidowane w ciągu 12 godzin od zgłoszenia przez zamawiającego, pozostałe uszkodzenia w terminie ustalonym z zamawiającym, (d) zamawiający określi w zleceniu termin wykonania naprawy remontów cząstkowych nawierzchni. Zgodnie z pkt. III.1.2. (...) zakres robót ze względu na brak możliwości dokonania szczegółowego przedmiaru i dokładnego oszacowania ilości niezbędnych remontów, może ulec zmianie i zostanie dostosowany do możliwości przydzielonych środków finansowych. Faktyczna ilość robót ustalona będzie po ich wykonaniu, obmiarem i płaconą wg. cen jednostkowych podanych w Kosztorysie ofertowym. W myśl pkt. VII.1 (...) przed przystąpieniem do robót wykonawca winien opracować, zaopiniować w KW Policji i zatwierdzić w (...) Oddział w W., projekt organizacji ruchu na czas prowadzenia robót. (Opis Przedmiotu Zamówienia – k. 74-76).

Zleceniem z dnia 18 lipca 2011 r. (...) zleciła Przedsiębiorstwu (...)

i (...) Sp. z o.o. wykonanie remontu drogi nr (...) odc. P. – S. od km 198+100 do 217+260 i od km 217+160 do 219+140 na dł. 20,140 km. Termin realizacji zadania ustalono od przyjęcia zlecenia do dnia 20 września 2011 r. W zleceniu wskazano,

że zakres, wartość oraz technologia prac będą wykonane zgodnie z opisem planowanych robót i technologii, sporządzonym na podstawie cen ofertowych, i załączonym przedmiarem robót, wartość robót zgodnie z załączonym kosztorysem wynosi 7.399.919,60 zł brutto (6.016.194,80 zł netto), rozliczenie robót nastąpi kosztorysem powykonawczym na podstawie faktycznie wykonanych robót wg. cen ofertowych. Zgodnie z kosztorysem inwestorskim

i przedmiarem robót, dołączonymi do zlecenia, zleczone prace obejmowały: (1) Na szlaku: remont cząstkowy nawierzchni betonem asfaltowym z otaczarki na grubość 8 cm – od km 208+700 do km 217+200 i od km 198+100 do km 208+500 (3.476 m²), frezowanie nawierzchni asfaltowej na głębokość 5 cm – od km 208+500 do km 208+800 i od km 218+100 do km 219+140 (10.512 m²), wykonanie nawierzchni asfaltowej (...) warstwa ścieralna grubość 5 cm, szerokość 7,20 m (145.872 m²), uzupełnienie, profilowanie

i utwardzenie poboczy z mieszanki kruszywa łamanego na średnią głębokość 10 cm (27.720 m²), (2) Skrzyżowania i zatoki autobusowe: wykonanie nawierzchni asfaltowej (...) warstwa ścieralna grubość 5 cm (4.443 m²), (3) Roboty brukarskie: rozbiórka krawężników betonowych wraz z ławą (153 m), ustawienie krawężników betonowych ulicznych o wym. 20x30 cm na ławie betonowej B-15 z oporem (153 m), rozebranie chodników ułożonych na podsypce piaskowej (351 m²), wykonanie nawierzchni z kostki brukowej o grubości 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej (351 m²). Ponadto wykonawca został zobowiązany do opracowania do tego zadania Programu Zapewnienia Jakości i harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie określonym w Szczegółowej Specyfikacji (...). Powyższe zlecenie zostało dostarczone powodowej spółce w dniu 19 lipca 2011 r. i w tym dniu zostało podpisane przez członka zarządu tej spółki. (zlecenie z dnia 18 lipca 2011 r. wraz

z kosztorysem inwestorskim i przedmiarem robót odnowy drogi nr (...) – k. 397-398v., zeznania świadka M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 539-541, transkrypcja – k. 755-758, zeznania świadka Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 558-562, transkrypcja – k. 729).

Pismem z dnia 22 lipca 2011 r. (...) zaprosiła powoda na dzień 25 lipca 2011 r. do siedziby rejonu B. w celu przekazania placu budowy. Na spotkaniu z dnia

25 lipca 2011 r. wykonawca odmówił przejścia placu budowy twierdząc, że zły stan drogi (znaczne skoleinowanie) uniemożliwia wykonanie zlecenia według zaproponowanej przez pozwanego technologii, tj. utrzymanie wymogu minimalnej grubości warstwy ścieralnej na poziomie 4,5 cm. Przeprowadzone w tym dniu badania drogi w kilku jej miejscach nie potwierdziły występowania tak głębokich kolein, jak twierdził wykonawca. Były też odcinki, a na których koleiny w ogóle nie występowały. (pismo (...) z 22.07.2011 r. – k. 400, zeznania świadków: M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 539-541, transkrypcja – k. 755-767, A. S. na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. – k. 541-543, transkrypcja – k. 768-773, Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 558-562, transkrypcja – k. 730).

W e-mailu z dnia 26 lipca 2011 r. przedstawiciel powoda przesłał do (...) szkic z wyliczenia masy niezbędnej do wypełnienia kolein oraz wynikającej z przesunięcia szwa. Wskazał, że powierzchnia planowanych prac wynosi ok. 134.900 m², dlatego niezbędne jest zmniejszenie grubości warstwy (...) o 0,8 cm. W związku z powyższym właściwa warstwa (...) powinna wynosić 4,2 cm. (wydruk wiadomości e-mail z 26.07.2011 r. – k. 404-405).

W piśmie z 28 lipca 2011 r. skierowanym do powoda (...) wskazała, że uśrednione głębokości kolein są znacznie mniejsze niż założone w obliczeniach wykonawcy: wewnętrzne koleiny mają głębokość od 0 do 1 cm, sporadycznie do 1,5 cm, a zewnętrzne koleiny mają głębokość od 0 do 2,0 cm, tylko wyjątkowo 3,5 cm. Podtrzymała stanowisko, że średnia grubość wbudowanej masy (...) ma wynosić 5 cm, z odchyleniami w granicach od 4,8 do 6,5 cm. Jednocześnie (...) poinformowała, że rezygnuje z robót obejmujących przesunięcie osi jezdni i prosi o wykonanie robót zgodnie ze zleceniem z dnia 18 lipca 2011 r. i o przesłanie harmonogramu robót do dnia 2 sierpnia 2011 r. (pismo (...) z dnia 28.07.2011 r. – k. 406).

W piśmie z dnia 2 sierpnia 2011 r. powodowa spółka poinformowała (...), że po dokonaniu szczegółowych oględzin i pomiarów drogi stwierdziła, że na większości odcinków brak jest nośności na wykonywanych wcześniej poszerzeniach, nawierzchnia jest popękana i powstały koleiny spowodowane brakiem nośności dochodzące do kilku cm (3,5 cm). Podniosła, że zaproponowana technologia na tym odcinku drogi jest niemożliwa do wykonania, ponieważ bez wykonania warstwy wyrównawczej teoretycznie i praktycznie nie ma możliwości, aby w miejscu istniejących kolein nie powstały po krótkim okresie eksploatacji nowe. Niemożliwe jest także, żeby przy średniej grubości 5 cm minimalna grubość wynosiła 4,8 cm. Na taką technologię wykonawca nie udzielił gwarancji. (pismo powoda z 02.08.2011 r. wraz z załącznikami – k. 407-422).

W piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. skierowanym do powoda, (...) podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko dot. średniej grubości wbudowanej masy (...). Ponadto wskazała, że jest gotowa do przeprowadzenia wspólnych pomiarów łata co pełny hektometr, celem pomierzenia głębokości kolein i ponownego wyliczenia minimalnej grubości warstwy. Podniosła, że w przypadku wystąpienia uszkodzeń nawierzchni asfaltowej (...) z przyczyn leżących poza wykonywanymi warstwami, firma powoda nie będzie odpowiadać za powstałe uszkodzenia. Wezwała ponadto wykonawcę do pilnego przesłania harmonogramu robót i zatwierdzonego projektu organizacji ruchu na czas wykonywanych robót oraz projektu recept na warstwy bitumiczne celem weryfikacji i zaopiniowania. (pismo (...) z 05.08.2011 r. – k.423).

W odpowiedzi powodowa spółka w piśmie z dnia 8 sierpnia 2011 r. wniosła o wyznaczenie spotkania w celu pomierzenia głębokości kolein i wyliczenia minimalnej grubości warstwy (...). Ponadto poinformowała pozwanego, iż uruchomiła procedurę opracowania i zatwierdzenia projektu organizacji ruchu, że recepty na masy bitumiczne do wykonywania remontów cząstkowych i warstwy ścieralnej (...) zostaną złożone do akceptacji do Wydziału (...) w dniu 9 sierpnia br. i że po ich akceptacji przystąpi do remontów cząstkowych bazując na zatwierdzonym projekcie organizacji ruchu z 23 listopada 2010 r. Do pisma dołączono harmonogram robót

przewidujący zakończenie prac objętych zleceniem do dnia 14 października 2011 r. (pismo powoda z 08.08.2011 r. wraz z harmonogramem - k. 424-425).

Pismem z dnia 12 sierpnia 2011 r. (...) wyznaczyła na dzień 17 sierpnia 2011 r. powodowi termin spotkania w celu wykonania co pełny hektometr pomiarów głębokości kolein i ponownego wyliczenia minimalnej grubości warstwy. Poinformowała ponadto, że nie może wyrazić zgody na wydłużenie terminu na zlecone roboty, gdyż na drodze przed nadejściem zimy musi zostać wykonane oznakowanie poziome. (pismo (...) z 12.08.2011 r. – k. 426).

W dniach 17 i 18 sierpnia 2011 r. odbyły się na przedmiotowej drodze pomiary co jeden hektometr głębokości kolein. Pomiary nie potwierdziły występowania tak znacznych kolein, jak podnosił wykonawca, a w miejscach, gdzie skoleinowanie było głębokie, w zleceniu przewidziany był remont cząstkowy. (zeznania świadków: M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 539-541, transkrypcja – k. 761-762 i 767, A. S. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 541-543, transkrypcja – k. 771-772, Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 561, transkrypcja – k. 730).

Odpowiadając na pismo (...) Sp. z o.o. z dnia 12 sierpnia 2011 r., (...) pismem z dnia 23 sierpnia 2011 r. poinformowała powodową spółkę o akceptacji recepty na warstwę podbudowy i warstwę wiążącą z BA do wykonywania remontów cząstkowych dróg administrowanych przez Rejon B.. (pismo (...) z 23.08.2011 r. – k. 505).

Powód posiadał zatwierdzony 23 listopada 2010 r. projekt organizacji ruchu drogowego na czas prowadzenia remontów cząstkowych nawierzchni, frezowania nawierzchni, robót bitumicznych przy froncie robót max. 150 m, powierzchniowego utrwalania, uszczelniania spękań nawierzchni. (projekt organizacji ruchu drogowego – k. 786-800). Na prowadzenie robót bitumicznych liniowych (na długich odcinkach) potrzebny był odrębny projekt organizacji ruchu drogowego. Powodowa spółka przekazała taki projekt (...) pod koniec sierpnia 2011 r. i został on zatwierdzony przez (...) w terminie około jednego tygodnia po przekazaniu. Projekt ten przewidywał 64 etapy organizacji ruchu drogowego na czas remontu drogi. (zeznania świadków: M. P. na rozprawie z dnia 5 września 2013 r. – k. 520, transkrypcja – k. 749, M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 540, transkrypcja – k. 760-762, A. S. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – transkrypcja – k. 773 i 776, Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 559-560, transkrypcja – k. 731).

Pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. (...) wezwała (...) do niezwłocznego przystąpienia do remontu cząstkowego nawierzchni asfaltowej drogi emulsją i grysem przy użyciu remontera, a w kolejnym piśmie z dnia 29 sierpnia 2011 r. podtrzymała swoje stanowisko co do średniej grubości wbudowanej masy (...) (5,0 cm) i co do braku zgody na wydłużenie terminu wykonania zleconych powodowi robót. (pisma (...) z 26.08.2011 r. – k. 435 i z 29.08.2011 r. – k. 427).

Pismem z dnia 31 sierpnia 2011 r. skierowanym do (...) powód wskazał, że minimalna grubość warstwy (...) powinna wynosić 4,4 cm. Podniósł, że zaproponowana technologia jest niezgodna ze sztuką budowlaną i powód nie może ponosić konsekwencji przy ponownym skoleinowaniu nawierzchni. Remont powinien uwzględniać wykonanie warstwy wyrównawczej z BA o grubości od 4 do 9 cm, a następnie warstwy ścieralnej (...) o grubości 4 cm. Zaznaczył ponadto, że ze względu na brak jednomyślności co do technologii wykonania remontu prace nie zostały rozpoczęte i że dotrzymanie terminu określonego w zleceniu jest niemożliwe, a czas trwania robót od momentu ich rozpoczęcia będzie wynosić około 9 tygodni. (pismo powoda z 31.08.2011 r. z załącznikiem – k. 98-99).

Pismem z dnia 2 września 2011 r. (...) na podstawie art. 491 § 1 k.c. wyznaczyła spółce (...) dodatkowy termin do dnia 6 września 2011 r. na rozpoczęcie wykonania zobowiązania wynikającego z zawartej w dniu 21 grudnia 2010 r. umowy polegającego na przystąpieniu do wykonania remontu nawierzchni asfaltowej drogi nr (...), odc. P. – S., zgodnie z

przyjętym zleceniem z dnia 18 lipca 2011 r., wskazując, że po bezskutecznym upływie ustalonego terminu zostaną podjęte działania zmierzające do zlecenia tych robót innej firmie (pismo (...) z 02.09.2011 r. – k. 428).

W dniu 6 września 2011 r. (...) Sp. z o.o. przejęła od (...) pas drogowy drogi nr (...) odcinek P. – S. na czas wykonywania robót. (protokół przekazania pasa drogowego na czas wykonywania robót z 06.09.2011 r. – k. 429).

W dniu 7 września 2011 r. powodowa spółka rozpoczęła roboty budowlane polegające na remontach cząstkowych nawierzchni. W nocy z 11 na 12 września 2011 r. wykonano frezowanie nawierzchni bitumicznej od km 218+100 do km 219+400 a w dniach

13 i 14 września 2011 r. wykonano warstwę ścieralną na tym odcinku (dziennik budowy

– k. 439, zeznania świadków: R. S. na rozprawie z dnia 5 września 2013 r. –

k. 518, M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 540-541, A. S. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 542).

W piśmie z dnia 14 września 2011 r. (...) wyraził zgodę na zaproponowaną przez powoda minimalną grubość warstwy (...) 4,4 cm wraz z przesunięciem osi jezdni.

W celu uniknięcia odtworzenia się istniejących kolein pozwany zaproponował wypełnienie wszystkich kolein przekraczających 25 mm, na długości 10,8 km i szerokości koleiny 0,8m,

w technologii powierzchniowego utrwalenia przy przejściu średniej grubości 3 cm, dopuszczając wykonanie wyrównania według powyższych zasad z użyciem (...) 0/16 zamiast grys i emulsji W piśmie wskazano, że powierzchnie do wypełnienia wynoszą 8.640 m² (10.800 x 0,8), przy czym powierzchnia ta musi być pomniejszona o 3.476 m² przewidzianych do naprawy masą. (pismo (...) z 14.09.2011 r. – k. 430).

W piśmie z dnia 20 września 2011 r. spółka (...) podniosła, że prowadzenie robót w technologii zaproponowanej w piśmie (...) z 14 września 2011 r. jest niezgodne ze sztuką budowlaną, ponieważ istniejący stan nawierzchni DK (...) wymaga wykonania warstwy wyrównawczej w całym przekroju drogi o grubości od 4 cm do 9 cm. Powodowa spółka wskazała nadto w piśmie, że w związku z narzuceniem przez (...) technologii koleiny przekraczające głębokość 25 mm zostaną wypełnione mieszanką (...) o uziarnieniu 0/16, jednak nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne skoleinowanie się warstwy ścieralnej z uwagi na fakt, że mastyks grysowy (...) będzie układany na nierównościach dochodzących do 25 mm. Do pisma dołączono harmonogram robót, w którym przewidziano zakończenie prac do 10 listopada 2011 r. (pismo powoda z 20.09.2011 r. wraz z harmonogramem robót – k. 431-432).

Pismem z dnia 22 września 2011 r. (...) poinformowała (...) Sp. z o.o., że nie wyraża zgody na zaproponowany harmonogram robót i że nieprzekraczalny termin na roboty bitumiczne to 15 października 2011 r. Wezwała jednocześnie powodową spółkę do zintensyfikowania prac na przedmiotowym zadaniu i przedstawienie nowego harmonogramu uwzględniającego zakończenie prac do 15 października 2011 r. (pismo (...) z 22.09.2011 r. – k. 433).

W dniu 20 września 2011 r. (...) Sp. z o.o. zgłosiła wykonanie remontów cząstkowych betonem asfaltowym z otaczarki na odcinku od km 198+100 do km 202+000 przedmiotowej drogi, a począwszy od 21 września 2011 r. do 28 października 2011 r. prowadziła roboty polegające na uzupełnianiu koleiny i układaniu warstwy ścieralnej (...) na kolejnych odcinkach drogi. Nadto w dniu 27 września 2011 r. wykonała remont cząstkowy betonem asfaltowym z otaczarki na odcinku od km 202+000 do km 208+550, a w dniu

11 października 2011 r. wykonała remont cząstkowy masą z otaczarki na odcinku od km 208+700 do km 212+500. (dziennik budowy – k. 439v.-446)

Pismami z 11 października 2011 r. i 19 października 2011 r. (...) ponownie wezwała powoda do zintensyfikowania robót poprzez zaangażowanie większej ilości ludzi i sprzętu przy rozkładaniu masy (...) oraz innych robót towarzyszących na odcinku drogi nr (...) od m. P. do m. S.. W tym drugim piśmie wskazano, że co najmniej od 3 dni roboty rozpoczynane są w godz. 12-14. (pisma (...))

z 11.10.2011 r. – k. 452 i z 19.10.2011 r. – k. 453).

W dniu 28 października 2011 r. powód zakończył roboty nawierzchniowe na ciągu głównym remontowanej drogi. Jakość robót była dobra. W czasie wykonywania robót warunki pogodowe były bardzo dobre – był tylko jeden dzień z opadem atmosferycznym. Prace były wykonywane przez jeden zespół roboczy. W dniu 7 listopada 2011 r. wykonane zostały z masy bitumicznej zjazdy, skrzyżowania oraz zatoki autobusowe. W dniu 29 listopada 2011 r. wykonawca rozpoczął układanie poboczy z kruszywa. Zakończenie robót związanych z wykonywaniem poboczy oraz całkowite zakończenie robót objętych zleceniem z dnia 18 lipca 2011 r. nastąpiło 9 grudnia 2011 r. (Dziennik Budowy – k. 437-446v., sprawozdanie końcowe z pełnienia nadzoru inwestorskiego – k. 447-450v., zeznania świadków: R. S. na rozprawie z dnia 5 września 2013 r. – k. 518-519, transkrypcja – k. 744-745, zeznania świadka M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 541, transkrypcja – k. 762-764, zeznania świadka A. S. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 541-542, transkrypcja – k. 773-778, zeznania świadka Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 560-562, transkrypcja – k. 732-738).

Opóźnienie w wykonywaniu robót związanych z układaniem poboczy było związane z problemami wykonawcy z dostawą kruszywa potrzebnego do tego celu. O problemach tych (...) Sp. z o.o. poinformowała (...) pismem z dnia 17 listopada 2011 r. Z kolei (...) pismem z dnia 21 listopada 2011 r. wezwała wykonawcę do niezwłocznego przystąpienia do prac związanych z uzupełnieniem i profilowaniem poboczy po robotach bitumicznych. (pismo powoda z 17.11.2011 r. – k. 455, pismo (...) z 21.11.2011 r. – k. 456, zeznania świadków: R. S. na rozprawie z dnia 5 września 2013 r. – k. 518-519, transkrypcja – k. 745-746, częściowe zeznania świadka M. P. na rozprawie z dnia 5 września 2013 r. – k. 520, transkrypcja – k. 753, zeznania świadka M. K. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 541, transkrypcja – k. 764, zeznania świadka A. S. na rozprawie z dnia 14 listopada 2013 r. – k. 541-542, transkrypcja – k. 775, zeznania świadka Z. U. na rozprawie z dnia 4 lutego 2014 r. – k. 560, transkrypcja – k. 733).

Pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. (...) Sp. z o.o. zgłosiła do odbioru końcowego roboty wykonane zgodnie ze zleceniem z dnia 18 lipca 2011 r. (pismo powoda z 09.12.2011 r. – k. 458).

W dniu 19 grudnia 2011 r. (...) odebrała protokolarnie od powodowej spółki przedmiotowe roboty o wartości 6.013.900,35 zł netto, tj. 7.397.097,43 zł brutto, zgodnie z kosztorysem powykonawczym. Do zafakturowania wskazano w tym protokole roboty o wartości 1.701.567,33 zł brutto. Zamawiający wskazał w protokole karę umowną za nieterminowe wykonanie usługi w kwocie 867.586,50 zł, wyliczonej za 55 dni opóźnienia według stawki 0,1% od kwoty 15.774.300 zł za każdy dzień opóźnienia. Przedstawiciel wykonawcy wpisał zastrzeżenie, że kary zostały naliczone bezzasadnie. Zgodnie z kosztorysem powykonawczym wykonane zostały następujące roboty: (1) Na szlaku: remont cząstkowy nawierzchni BA z otaczarki na grubość 6 cm (9,50 m²), remont cząstkowy nawierzchni BA z otaczarki na grubość 7 cm (701,73 m²), remont cząstkowy nawierzchni BA z otaczarki na grubość 8 cm (3.320,89 m²), frezowanie nawierzchni asfaltowej na głębokość 5 cm (7.506 m²), wykonanie nawierzchni asfaltowej (...) warstwa ścieralna grubość 5 cm (142.414 m²), wyrównanie kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalania przy średniej grubości 2 cm (4.892 m²), wyrównanie kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalania przy średniej grubości 3 cm (3.145,60 m²), uzupełnienie, profilowanie i utwardzenie poboczy z mieszanki kruszywa łamanego na średnią głębokość 10 cm (28.220 m²), (2) Skrzyżowania i zatoki autobusowe: wykonanie nawierzchni asfaltowej (...) warstwa ścieralna grubość 5 cm (2.821 m²), (3) Roboty brukarskie: rozbiórka krawężników betonowych wraz z ławą (146 m), ustawienie krawężników betonowych ulicznych o wym. 20x30 cm na ławie betonowej z oporem (146 m), rozebranie chodników ułożonych na podsypce piaskowej

(288 m²), wykonanie nawierzchni z kostki brukowej o grubości 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej (288 m²). (protokół (...) odbioru końcowego z 19.12.2011 r. wraz z kosztorysem powykonawczym – k. 459-461v.).

W dniu 22 grudnia 2011 r. (...) Sp. z o.o. wystawiła (...) fakturę VAT za remont nawierzchni asfaltowych na drodze krajowej nr (...) na kwotę 1.701.567,33 zł z terminem płatności do 21 stycznia 2012 r. (faktura VAT nr (...) z 22.12.2011 r. – k. 109).

W dniu 27 grudnia 2011 r. (...) wystawiła (...) Sp. z o.o. notę księgową, w której obciążyła powodową spółkę karą umowną za nieterminowe wykonanie przedmiotowego zadania w kwocie 867.586,50 zł wskazując, że należność ta zostanie potrącona z faktury nr (...) z dnia 22.12.2011 r. (nota księgową nr (...) z dnia 27.12.2011 r. – k. 114).

Pismem z dnia 27 grudnia 2011 r., które wpłynęło do (...) Sp. z o.o. 30 grudnia 2011 r., (...) oświadczyła, że potrąca wierzytelność Skarbu Państwa wynikającą z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu (zadania), zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 3 przedmiotowej umowy nr (...) z dnia 21 grudnia 2010 r. na wykonanie robót polegających na „Przebudowie nawierzchnia drogi krajowej nr (...) na odcinku P. – S. od km 198+100 do km 217+260 i od km 218+160 do km 219+140 na długości 20,140 km”, w kwocie 867.586,50 zł z wierzytelnością, jaka przysługuje wykonawcy robót od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. W wyniku dokonanego potrącenia do zapłaty na rzecz (...) Sp. z o.o. z tytułu faktury VAT nr (...) z dnia 22.12.2011 r. pozostaje kwota 833.980,83 zł. (pismo (...) z 27.12.2011 r. – k. 110).

W piśmie z dnia 4 stycznia 2012 r. skierowanym do (...) powodowa Spółka zakwestionowała obciążenie jej karą umowną za nieterminowe wykonanie zadania. Odesłała jednocześnie pozwanemu wystawioną notę księgową. (pismo powoda z 04.01.2012 r. – k. 111-114).

Pismem z dnia 3 lutego 2012 r. pozwany (...) poinformował powoda, że nie znajduje podstawy faktycznej ani prawnej do zmiany decyzji w kwestii obciążenia spółki powoda karami wynikającymi z umowy z dnia 21 grudnia 2010 r. (pismo (...) z 03.02.2012 r. – k 115-116).

Pełnomocnik powoda pismem z dnia 10 lipca 2012 r., w związku z brakiem zapłaty kwoty 867.586,50 zł wynikającej z faktury nr (...) z dnia 22.12.2011 r., wezwał (...) do zapłaty tej kwoty wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 22 stycznia 2012 r., w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 lipca 2012 r. (pismo pełnomocnika powoda z 10.07.2012 r. – k. 117-119).

W piśmie z dnia 6 sierpnia 2012 r. (...) podtrzymała stanowisko w kwestii obciążenia powodowej spółki karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania zadania. (pismo (...) z 06.08.2012 r. – k. 121).

Zaproponowana przez pozwanego w zleceniu z dnia 18 lipca 2011 r. technologia naprawy nawierzchni drogi był zgodna ze sztuką budowlaną. Zgodnie ze zleceniem, powód miał wykonać frezowanie spękanych kolein oraz wypełnienie kolein betonem asfaltowym z otaczarki. Poprzez wykonanie tych czynności powód doprowadziłby uszkodzone miejsca nawierzchni do nośności normowej i mógłby ułożyć na nich warstwę ścieralną (...). Ostatecznie strony uzgodniły wypełnienie wszystkich kolein przekraczających głębokość 25 mm w technologii powierzchniowego utrwalania przy przyjęciu średniej grubości 3 cm. Technologia ta polega na sfrezowaniu starej nawierzchni bitumicznej w obrębie kolein i wypełnieniu kolein grysem z emulsją lub mieszanką mineralno-asfaltową (...). Obydwie opisane technologie były właściwe, a różnica polegała tylko na rodzaju materiału wypełniającego koleiny. Technologia wypełniania kolein

w technologii powierzchniowego utrwalania jest szybsza od technologii wypełniania kolein betonem asfaltowym z otaczarki. Lokalizacja remontów cząstkowych pokrywała się z lokalizacją kolein. Pogoda nie była czynnikiem negatywnie wpływającym na termin wykonywania robót. Powód mógł wykonać zlecenie z dnia 18 lipca 2011 r. do 15 października 2015 r. przy odpowiedniej organizacji pracy. Na wykonanie remontów cząstkowych potrzebny był czas kilkunastu dni,

a na ułożenie masy (...) czas 25 dni przy użyciu jednego rozścielacza. Powód mógł wykonywać remont drogi na dwóch lub trzech odcinkach roboczych jednego dnia. Przyczynami opóźnienia powoda w wykonaniu robót były: niepodjęcie robót według zlecenia, brak zabezpieczenia dostaw kruszywa na utwardzenie pobocza i niewłaściwa organizacja prac. (opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa ogólnego i drogowego W. S. – k. 631-637 wraz z opiniami uzupełniającymi – k. 677-680 i 824-839, wyjaśnienia biegłego W. S. na rozprawie z dnia 14 października 2015 r. – k. 852-854).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

Sąd dał wiarę obiektywnym dowodom z wymienionych dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości co do ich autentyczności i nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków R. S., M. K., Z. U. i A. S.. Osoby te w swych zeznaniach opisały przebieg współpracy wykonawcy i zamawiającego przy realizacji przedmiotowego zlecenia, w tym okoliczności dotyczące: przyjęcia przez powoda zlecenia z dnia 18 lipca 2011 r.

na remont drogi, przyczyn odmowy odbioru przez powoda placu budowy i nierozpoczęcia robót w pierwotnie wyznaczonym terminie, zgłaszanych przez powoda zastrzeżeń co do technologii remontu drogi określonej przez pozwanego w zleceniu i stanowiska pozwanego

co do tej kwestii, dysponowania przez powoda zatwierdzonym projektem organizacji ruchu drogowego na czas prowadzenia robót o małym zakresie (remontów cząstkowych), terminu rozpoczęcia robót przez powoda, ich przebiegu i warunków pogodowych podczas ich prowadzenia, problemów wykonawcy związanych z dostawą kruszywa do umocnienia pobocza. Zeznania tych osób korespondowały wzajemnie ze sobą i z dowodami

z dokumentów, składając się wraz z nimi na spójną i logiczną całość obrazującą opisany wyżej stan faktyczny sprawy, zatem nie budziły wątpliwości co do ich wiarygodności.

Jeśli chodzi o zeznania świadka M. P., to Sąd dał im wiarę w części dotyczącej daty przesłania pozwanemu przez powoda projektu organizacji ruchu drogowego na czas prowadzenia robót bitumicznych na długich odcinkach (liniowego) i jego zatwierdzenia przez (...), przyjętych w projekcie założeń organizacji ruchu na czas prowadzenia remontu drogi (64 etapy organizacji ruchu) i problemów wykonawcy z dostawą kruszywa podczas prowadzenia remontu drogi. W tym zakresie zeznania M. P. były zgodne z dokumentami i zeznaniami pozostałych świadków, a więc zasługiwały na wiarę. Natomiast w pozostałej części zeznania M. P. Sąd uznał za niewiarygodne. Dotyczy to zwłaszcza twierdzenia świadka co do wejścia na budowę już w sierpniu 2011 r. w celu prowadzenia remontów cząstkowych, które pozostaje

w sprzeczności z zeznaniami pozostałych świadków, jak i z zapisami w dzienniku budowy, twierdzenia, że jednego dnia można było wykonać roboty bitumiczne przypadające tylko na jeden etap organizacji ruchu (podzielonego na 64 odcinki), gdyż pozostawało to

w sprzeczności z opinią biegłego, jak i z faktem, że powodowa spółka wykonała w rzeczywistości te roboty (wypełnianie kolein grysem i emulsją i układanie masy (...))

w czasie znacznie krótszym (w okresie od 21 września 2011 r. do 28 października 2011 r., nie prowadząc przy tym tych robót codziennie), oraz twierdzenia, że tempo prowadzenia prac było odpowiednie do warunków, które wówczas panowały, ponieważ zarówno z wpisów

w dzienniku budowy, z opinii biegłego jak i z zeznań pozostałych świadków wynika,

że warunki pogodowe były sprzyjające do prowadzenia robót w tamtym okresie i że warunki pogodowe nie miały negatywnego wpływu na tempo prowadzenia robót.

Sąd uznał za wiarygodną opinie biegłego sądowego z zakresu budownictwa ogólnego i drogowego W. S.. Biegły w wydanej opinii stwierdził, że zaproponowana przez stronę pozwaną w zleceniu z dnia 18 lipca 2011 r. technologia naprawy nawierzchni drogi była zgodna ze sztuką budowlaną, wyjaśnił różnice pomiędzy technologią określoną w zleceniu pozwanego i technologią zaproponowaną przez stronę pozwaną oraz wskazał,

że wykonanie spornych robót było możliwe w terminie określonym przez pozwanego, przy niezwłocznym rozpoczęciu remontów częściowych przez powoda, zabezpieczenia materiału do utwardzania poboczy i prawidłowej organizacji robót. W szczególności biegły wskazał,

że zgodnie ze zleceniem powód miał wykonać frezowanie spękanych kolein i wypełnić koleiny betonem asfaltowym z otaczarki oraz, że różnica w technologii ostatecznie przyjętej w stosunku do pierwotnej polegała na tym, że w zleceniu zakładano wypełnienie kolein betonem asfaltowym z otaczarki a ostatecznie przyjęto wypełnienie kolein grysem z emulsją lub masą mineralno-asfaltową. Obydwie technologie były właściwe – zgodne z zasadami sztuki budowlanej, a różnica polegała jedynie na rodzaju materiału wypełniającego koleiny. Analizując przyczyny opóźnień powoda w wykonaniu robót biegły zwrócił uwagę, że zbyt długo trwały negocjacje stron postępowania w celu uzgodnienia właściwej technologii robót, że powód mógł wcześniej przystąpić do remontów częściowych, bowiem posiadał zatwierdzony projekt organizacji ruchu na czas prowadzenia tego rodzaju robót, że powód mógł gromadzić kruszywo niezbędne do utwardzenia pobocza dużo wcześniej, skoro zlecenie otrzymał w lipcu 2011 r. a dopiero w dniu 17 listopada 2011 r. poinformował pozwanego

o problemach związanych z dostawą kruszywa, oraz że roboty związane z remontem drogi mogły być wykonywane na dwóch lub trzech odcinkach roboczych jednego dnia, ponieważ pozwalała na to zarówno technologia prowadzonych prac, jak i projekt organizacji ruchu.

W konsekwencji biegły stwierdził, że powód był w stanie ułożyć masę (...) na remontowanym odcinku drogi w ciągu 25 dni roboczych, nie przekraczając ustalonego terminu 15 października 2011 r., a roboty w zakresie utwardzania poboczy powinny być wykonywane równolegle (sukcesywnie) z robotami polegającymi na układaniu nawierzchni

z masy (...). Biegły zwrócił też uwagę, że wykonanie wyrównania kolein grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalenia nie było przewidziane w zleceniu pozwanej

z dnia 18 lipca 2011 r., jednak wybór technologii remontu nawierzchni drogi należał do strony pozwanej, a powód zobowiązany był wykonać zlecone remonty w sposób zgodny

z wymogami (...), zaś zgodnie z warunkami umowy rozliczenie ilości robót następowало po wykonaniu szczegółowych obmiarów wykonanych faktycznie robót. Wskazał również, że uzgodnienie nowej technologii zostało uwzględnione w przedłużeniu czasu wykonania robót do 15 października 2011 r. Wnioski opinii biegłego zostały zatem szczegółowo, logicznie i rzeczowo wyjaśnione przez biegłego w opinii zasadniczej, opiniach uzupełniających i w trakcie przesłuchania na rozprawie, z odniesieniem do dokumentów stanowiących materiał dowodowy sprawy. Tok rozumowania biegłego i wywiedzione wnioski były możliwe do skontrolowania przez Sąd w kontekście zasad logiki i doświadczenia życiowego. Z tych przyczyn nie było żadnych wątpliwości co do wiedzy

i fachowości biegłego oraz rzetelności wydanej przez niego opinii, co pozwalało uznać wnioski końcowe opinii za trafne.

Sąd oddalił jako bezzasadny wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego niż biegły W. S.. Sąd ma obowiązek dopuszczenia dalszej opinii, gdy opinia, którą dysponuje zawiera istotne luki, bo nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna – nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna, to jest gdy przedstawiona przez eksperta analiza nie pozwala organowi orzekającemu skontrolować jego rozumowania co do trafności jego wniosków końcowych, albo gdy w sprawie zostały wydane sprzeczne opinie biegłych (tak SN w orz.: z dnia 19.08.2009 r., III CSK 7/09, LEX nr 533/130, z dnia 27.07.2010 r., II CSK 119/10, LEX nr 603161, z dnia 01.09.2009 r., I PK 83/09, LEX nr 550988). Potrzeba opinii innego biegłego nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydzźwięku konkluzji opinii, lecz musi być następstwem umotywowanej krytyki dotychczasowej opinii, ponieważ w przeciwnym razie sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony dopóty, dopóki nie zostałaby złożona opinia w pełni ją zadowalająca, co jest niedopuszczalne (tak: Sąd Najwyższy

w wyroku z dnia 10.01.2002 r., II CKN 639/99, LEX nr 53135). W rozpatrywanym wypadku nie zachodziły wskazane wyżej okoliczności uzasadniające dopuszczenie kolejnej opinii biegłego. Opinia biegłego W. S. nie

zawierała luk lub niejasności, które by ją dyskwalifikowały, a przedstawione w opinii wnioski stanowiły logiczną konsekwencję przeprowadzonych i szczegółowo uzasadnionych przez biegłego analiz dokonanych na podstawie materiału dowodowego sprawy i wiedzy fachowej biegłego. Sąd nie podzielił krytycznego stanowiska co do opinii biegłego wyrażonego przez stronę powodową,

a w szczególności zarzutów dotyczących braku obiektywizmu i negatywnego stosunku biegłego do powoda. Wbrew zarzutom powoda, biegły odpowiedział w opinii uzupełniającej na pytania sformułowane przez stronę powodową, udzielając wyjaśnień co do opinii zasadniczej. Dokonana przez biegłego negatywna ocena sposobu postępowania powodowej spółki przy realizacji spornych robót remontu drogi, czy też pytań i zarzutów powoda do opinii zasadniczej biegłego, nie oznacza braku obiektywizmu lub negatywnego stosunku biegłego do jednej ze stron postępowania. Zadanie biegłego polegało bowiem właśnie m.in. na dokonaniu oceny sposobu realizacji przez powoda zleconych przez pozwanego robót

w kontekście wiedzy technicznej i zasad sztuki budowlanej, co samo w sobie wiązało się

z koniecznością sformułowania przez biegłego subiektywnych opinii, w tym niekorzystnych dla strony powodowej. Opinie te – jak już wskazano – zostały jednak przez biegłego merytorycznie i rzeczowo uzasadnione. Dlatego opinia biegłego W. S. była przydatna do dokonania na jej podstawie ustaleń faktycznych i nie było potrzeby prowadzenia dowodu z opinii innego biegłego.

Sąd zważył, co następuje:

Oceniając roszczenia dochodzone w rozpatrywanej sprawie przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w M. wskazać należy w pierwszym rzędzie, iż pomiędzy stronami bezsporna była okoliczność, że powodowa spółka wykonała na rzecz pozwanego roboty budowlane, zgodnie z zawartą przez strony umową z dnia 21 grudnia 2010 r., objęte zleceniem pozwanego z 18 lipca 2011 r., zmodyfikowanym następnie pismem pozwanego z 14 września 2011 r., o wartości 7.397.097,43 zł brutto, i że z tego tytułu przysługiwało jej wynagrodzenie objęte m.in. fakturą VAT nr (...) z dnia 22 grudnia

2011 r. na kwotę 1.701.567,33 zł brutto. Z faktury tej pozwany zapłacił jedynie część należności w wysokości 833.980,83 zł, a odmówił zapłaty kwoty 867.586,50 zł, podnosząc co do tej kwoty zarzut potrącenia swego roszczenia o zapłatę kary umownej naliczonej powodowej spółce na podstawie § 14 ust. 1 pkt. 3 umowy z tytułu nieterminowego wykonania spornego zadania (zlecenia). Rozstrzygnięcie zasadności powództwa, w którym powodowa spółka domagała się zasądzenia od pozwanego wymienionej wyżej kwoty, wymagało rozważenia czy pozwanemu przysługiwało uprawnienie do naliczenia powodowi kary umownej na podstawie wskazanego postanowienia umownego i czy mógł on dokonać potrącenia wierzytelności o zapłatę tej kary z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia.

Podstawę zastrzeżenia w umowie kary umownej stanowi art. 483 § 1 k.c. Zgodnie

z tym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej

z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c.). Jej skuteczne zastrzeżenie nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 06.11.2003 r. - zasada prawna - III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 4, poz. 69). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika z celu kary umownej – kara umowna stanowi bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania – jak i z umiejscowienia przepisów o karze umownej w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Oznacza to, że kara umowna należy się wówczas, gdy spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności ex contractu,

z wyłączeniem – jak wyżej wskazano – wykazywania szkody. W konsekwencji w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.).

Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie

w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (orz. SN z dnia 06.10.2010 r., II CSK 180/10, LEX nr 970070).

Przypomnieć należy, że w § 14 ust. 1 pkt. 3 umowy strony zastrzegły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów robót w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki licząc od terminu określonego przez zamawiającego. Celem ustalenia, czy zamawiający uprawniony był do naliczenia kary umownej, należało rozważyć, czy wykonawca naruszył wskazane zobowiązanie niepieniężne, tj. czy dopuścił się zwłoki (zawinionego opóźnienia) w wykonaniu remontu drogi krajowej nr (...) objętego zleceniem pozwanego.

Co do tej kwestii wskazać należy po pierwsze, że powód niezasadnie kwestionował uprawnienie pozwanego do ustalenia terminu wykonania remontu przedmiotowej drogi.

Z zawartej przez strony umowy wynika, że do obowiązków zamawiającego należy m.in. przekazanie wykonawcy polecenia rozpoczęcia robót (§ 9 ust. 1 pkt. 3). Zgodnie z regulacją pkt. III.1.1.b (...), na którą powoływał się w tym względzie powód, zakres robót i termin wykonania warstw nawierzchni z betonu asfaltowego oraz z mieszanki mastyksowo-grysowej (...) o charakterze odnów ustalany będzie odrębnymi protokołami i zgłaszany wykonawcy do realizacji. W ocenie Sądu z przywołanych zapisów nie wynika – jak podnosił powód – konieczność wspólnego (zgodnego) ustalenia przez obydwie strony umowy terminów wykonania remontów nawierzchni drogi o charakterze odnów. Treść cytowanego zapisu (...) przede wszystkim nie daje podstaw do stwierdzenia, że ów protokół ma być dokumentem dwustronnym, tj. sporządzonym wspólnie przez zamawiającego i wykonawcę, w którym obydwie strony zgodnie określą zakres i termin wykonania remontu drogi. Przy takiej interpretacji tej regulacji mogłoby się bowiem okazać, że w przypadku braku porozumienia stron niemożliwe byłoby w okresie obowiązywania umowy przeprowadzenie remontu danego odcinka drogi, zakwalifikowanego do tego celu przez zamawiającego. Taka wykładnia byłaby zatem nielogiczna i mogłaby prowadzić do niemożności prawidłowej realizacji umowy.

Za interpretacją przeciwną, tj. że ustalanie terminów remontów poszczególnych odcinków drogi należy do zamawiającego, przemawiają natomiast – oprócz wskazanej wyżej kwestii – również sformułowania przywołanych regulacji umownych, takie jak „zgłaszany wykonawcy do realizacji” (pkt. III.1.1.b (...)), „przekazanie wykonawcy polecenia rozpoczęcia robót”

(§ 9 ust. 1 pkt. 3 umowy), czy też „licząc od terminu określonego przez zamawiającego”

(§ 14 ust. 1 pkt. 3 umowy), które wskazują na kompetencję zamawiającego do jednostronnego ustalenia zarówno zakresu robót zleconych wykonawcy jak i terminu ich wykonania. Podnieść też trzeba, że powód przyjął sporne zlecenie remontu drogi, dlatego nie może powoływać się na brak protokołu jako przyczynę usprawiedliwiającą niezachowanie określonego przez pozwanego terminu wykonania zleconych prac. Zastrzec jednak należy

w tym miejscu, że w kontekście uprawnienia zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej za opóźnienie w wykonaniu elementów poszczególnych robót objętych umową istotne będzie, czy termin wykonania określonych robót ustalony został przez zamawiającego prawidłowo, tzn. czy był realny do dotrzymania przez wykonawcę ze względu na zakres zleconych prac i inne warunki mające wpływ na czas ich realizacji. Gdyby bowiem termin ten został określony niewłaściwie (był niemożliwy do zachowania w konkretnych okolicznościach – zbyt krótki), to jego niezachowanie nie mogłoby być uznane za zawinione przez wykonawcę i uzasadniające obowiązek zapłaty przez niego kary umownej.

Po drugie, nie miał racji pozwany, że termin wykonania spornych robót określony ostatecznie przez pozwanego w piśmie z dnia 22 września 2011 r. na dzień 15 października

2011 r., był jedynie terminem na wykonanie robót bitumicznych. Z treści tego pisma wynika bowiem, że zamawiający oczekiwał przedstawienia przez wykonawcę harmonogramu uwzględniającego zakończenie prac do 15 października 2011 r. oraz wskazywał, że „można wykonać to zadanie w w/w terminie”. Oznacza to, że przedłużenie terminu wykonania robót w stosunku do terminu określonego w zleceniu z dnia 18 lipca 2011 r., dotyczyło całego zakresu prac (w tym utwardzenia poboczy), a nie tylko robót bitumicznych. Określenie

w piśmie pozwanego z dnia 22 września 2011 r., że „nieprzekraczalny termin na roboty bitumiczne to 15.10.2011 r.” należy wiązać z warunkami atmosferycznymi niezbędnymi do prowadzenia tego rodzaju robót, ponieważ zgodnie z pkt. 5.4 (...)05.03.05 „Nawierzchnie z betonu asfaltowego”, warstwa nawierzchni z betonu asfaltowego może być układana przy temperaturze otoczenia $\geq 10^{\circ}\text{C}$ oraz nie dopuszcza się układania warstw nawierzchni mieszanki mineralno-asfaltowej na mokrym podłożu, podczas opadów atmosferycznych

i silnego wiatru (k. 263), a powszechnie wiadomo, że w naszej szerokości geograficznej warunki atmosferyczne występujące po tej dacie często nie spełniają wskazanych wymogów. Nadto, jak wynika z zeznań świadków, po zakończeniu robót przez powoda koniecznym było jeszcze wykonanie oznakowania poziomego na drodze przez innego wykonawcę, co również musiało być wykonywane przy odpowiedniej pogodzie. W kontekście powyższych uwarunkowań ustalenie przez pozwanego terminu wykonania całego spornego zadania remontu przedmiotowej drogi na dzień 15 października 2011 r. jawi się jako i racjonalne i zrozumiałe.

Po trzecie, z materiału dowodowego sprawy wynika, że wykonanie przez powoda zleconych robót było możliwe w powyższym terminie, przy zachowaniu prawidłowej organizacji pracy i zaangażowaniu odpowiednich środków. W szczególności nie potwierdziły się zarzuty powoda co do nieprawidłowego doboru technologii naprawy drogi przez pozwanego. W świetle opinii biegłego, wypełnienie kolein mogło nastąpić zarówno betonem asfaltowym z otaczarki, jak również grysem i emulsją w technologii powierzchniowego utrwalań, choć w świetle dokumentów stanowiących materiał dowodowy sprawy nie ulega wątpliwości, że w stosunku do zlecenia z dnia 18 lipca 2011 r. ilość tych robót określona ostatecznie w piśmie pozwanego z dnia 14 września 2011 r. i faktycznie wykonanych przez powoda uległa znacznemu zwiększeniu. Według pierwotnego zlecenia (przedmiaru robót) remont nawierzchni betonem z otaczarki – choć przewidziany na odcinku drogi o długości 18,9 km (od km 208+700 do km 217+200 km i od km 198+100 do km 208+500) –

to obejmował tylko powierzchnię 3.476 m^2 , natomiast faktycznie wykonana ilość wypełnienia kolein wynosiła $12.069,72 \text{ m}^2$, w tym wypełnienie betonem z otaczarki łącznie $4.032,12 \text{ m}^2$

i wyrównanie kolein grysem i emulsją łącznie $8.037,60 \text{ m}^2$. Skala zwiększenia ilości remontu nawierzchni (wypełniania kolein) prowadzi do wniosku, że w pierwotnym zleceniu zamawiający nie doszacował tego rodzaju robót (nie przewidział ich na wszystkich wymaganych odcinkach drogi). Oznacza to też, że nie było wystarczające odwołanie się tylko do regulacji umownych przewidujących rozliczenie faktycznie wykonanych robót według ich obmiaru powykonawczego i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, lecz przed rozpoczęciem wykonywania przez powoda zwiększonej ilości remontów konieczne były dodatkowe uzgodnienia stron, w szczególności wyrażenie przez pozwanego stanowiska w tym zakresie. Pozwany polecił powodowi wykonanie dodatkowej ilości robót dotyczących wyrównania kolein dopiero w piśmie z dnia 14 września 2011 r. a następnie przedłużył ostatecznie termin wykonania prac do dnia 15 października 2011 r. Z chwilą otrzymania tego pisma po stronie powoda nie występowały już żadne przyczyny do wstrzymywania się

z wykonywaniem remontu drogi na odcinkach, gdzie konieczne były dodatkowe prace dotyczące wypełniania kolein (o głębokości przekraczającej 25 mm). Z drugiej strony zwrócić trzeba uwagę, że z kosztorysu powykonawczego wynika, iż asortymenty pozostałych prac wykonanych przez powoda były nieco mniejsze, niż przewidziane w przedmiarze i ostatecznie powód wykonał cały asortyment robót o wartości bardzo zbliżonej do wartości określonej w kosztorysie inwestorskim (nieco niższej). W każdym razie, odwołując się do opinii biegłego stwierdzić należy, że powód mógł wykonać wszystkie zlecone prace

w przedłużonym przez pozwanego terminie (do 15 października 2011 r.), a jego przekroczenie wynikało ze zbyt późnego rozpoczęcia robót przez powoda, niewłaściwej organizacji pracy i braku zabezpieczenia materiałów potrzebnych do wykonania zlecenia.

Z takimi wnioskami opinii biegłego korespondują dowody z dokumentów i z zeznań świadków. Z wszystkich tych dowodów wynika, że powód zbyt późno wystąpił z wnioskiem o zatwierdzenie recepty na warstwę wiążącą z BA do wykonywania remontów cząstkowych dróg administrowanych przez Rejon B. (z wnioskiem takim mógł wystąpić niezwłocznie po podpisaniu umowy z 2010 r. – jeszcze przed otrzymaniem zlecenia z dnia

18 lipca 2011 r.), niezasadnie zwlekał z rozpoczęciem remontów cząstkowych i układania nawierzchni na tych odcinkach drogi, do których technologii wykonania nie zgłaszał zastrzeżeń (i dysponował zatwierdzonym projektem organizacji ruchu drogowego na roboty

o małym zakresie), zbyt późno rozpoczynał prace w okresie realizacji robót (dopiero o godz. 10:00 lub nawet później), nie wykorzystał w pełni możliwości prowadzenia robót nawierzchniowych na kilku działkach roboczych jednego dnia, nie wykonywał sukcesywnie wraz z układaniem masy (...) robót w zakresie utwardzania poboczy, nie zabezpieczył kruszywa potrzebnego do utwardzenia poboczy, a w konsekwencji dopuścił do nieuzasadnionych opóźnień i przerw w prowadzeniu robót w okresach od 29 października 2011 r. do 7 listopada 2011 r. (okres pomiędzy zakończeniem robót bitumicznych na ciągu głównym a ułożeniem nawierzchni na skrzyżowaniach, zjazdach i zatokach autobusowych) i od 8 listopada 2011 r. do 29 listopada 2011 r. (okres pomiędzy zakończeniem robót bitumicznych a rozpoczęciem utwardzania poboczy). Wszystko to prowadzi do wniosku,

że wykonanie remontu przedmiotowej drogi było możliwe w terminie określonym przez pozwanego a uchybienie temu terminowi nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda. Powód nie wykazał w rozpatrywanej sprawie, żeby przyczyny tego opóźnienia były od niego niezależne (niezawinione przez niego), tj. nie obalił przywołanego wyżej domniemania wynikającego z art. 471 in fine k.c. Dlatego stwierdzić należało, że pozwany uprawniony był do naliczenia powodowi kary umownej na podstawie § 14 ust. 1 pkt. 3 umowy. Kara z tytułu zwłoki w wykonaniu zleconych prac naliczona za okres od 16 października 2011 r. do

9 grudnia 2011 r. (55 dni) w wysokości 0,1% wynagrodzenie netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy (15.774.300 zł), za każdy dzień zwłoki, wynosiłaby 867.586,50 zł, tak jak wyliczył to pozwany.

Po czwarte, jak już wyżej wskazano, na etapie decydowania o tym, czy kara umowna się należy, w ogóle nie jest istotna szkoda poniesiona przez wierzyciela i jej rozmiar (art. 484 § 1 k.c.) K. umowna ma zrekompensować wierzycielowi wszelkie niedogodności (ogół skutków), jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela. Takie okoliczności również prowadzą do powstania u wierzyciela szkody majątkowej, jednak szkoda ta jest trudna do udowodnienia. Istnienie szkody po stronie wierzyciela i jej rozmiar ma natomiast znaczenie przy zagadnieniu miarkowania kary umownej na podstawie art. 484

§ 2 k.c. Przepis ten przewiduje możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej, choć nie jej zupełnego zniesienia, w razie wystąpienia jednej z dwóch przesłanek: gdy zobowiązanie,

z którym poniesiona jest kara, zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna będzie rażąco wygórowana. W związku ze zgłoszeniem przez powoda wniosku

o miarkowanie kary umownej (do wysokości 1% naliczonej kary), należy rozważyć, czy w niniejszej sprawie zostały spełnione wymienione przesłanki.

W analizowanym wypadku nie zachodziła podstawa do zmniejszenia wysokości kary umownej w oparciu o podstawę „wykonania zobowiązania w znacznej części”, gdyż pozwany

w zastrzeżonym terminie, tj. do 15 października 2011 r., nie wykonał w całości (co do wszystkich asortymentów robót) żadnego odcinka remontowanej drogi, objętej zleceniem powoda. Po tym terminie nadal trwały remonty cząstkowe nawierzchni, znaczne ilości prac

w zakresie układania masy bitumicznej (...) na ciągu głównym oraz wykonywana była całość robót w zakresie układania nawierzchni na zjazdach, skrzyżowaniach i zatokach autobusowych oraz w zakresie utwardzania poboczy.

W ocenie Sądu, istniały natomiast podstawy do miarkowania kary umownej

ze względu na rażące wygórowanie zastrzeżonej kary. Wskazana przesłanka zachodzi w razie znacznej dysproporcji między szkodą poniesioną przez wierzyciela a żadaną karą umowną. Rażące wygórowanie kary umownej należy odnosić do wysokości szkody rozumianej szeroko, tj. obejmującej wszelkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje niewykonania zobowiązania, z zastrzeżeniem, że miarkowanie kary umownej nie oznacza doprowadzenia jej do wysokości odpowiadającej wysokości szkody, ponieważ kara umowna pełni w obrocie nie tylko funkcję kompensacyjną, lecz również stymulacyjną i represyjną. (vide uzasadnienie orz. SN z 14.04.2005 r., II CK 626/04, (...)). W rozpoznawanej sprawie brak było możliwości uchwycenia po stronie pozwanego Skarbu Państwa wyliczalnej szkody majątkowej będącej następstwem niewykonania przez pozwanego przedmiotowego remontu drogi

w ustalonym terminie. Negatywne konsekwencje tego faktu dotyczyć mogą późniejszego niż zakładane wypełnienia przez pozwanego jego obowiązków, jako zarządcy przedmiotowej drogi, w zakresie przeprowadzenia jej remontu, zapewniającego bezpieczne

i wygodne korzystanie z niej przez jej użytkowników. Jednakże, skoro opóźniony remont dotyczył wyłącznie drogi krajowej nr (...), to niezasadne było naliczanie kary umownej

w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia netto wykonawcy za remonty wszystkich dróg objętych zawartą przez strony umową z dnia 21 grudnia 2010 r. (określonego w § 5 ust. 1 umowy), które – poza drogą nr (...) – było kalkulowane również za remonty dróg krajowych nr (...) ((...) k. 74). Wyliczona w taki sposób kara umowna musi być oceniona jako oderwana od szkody po stronie pozwanego będącej skutkiem zwłoki powoda

w wykonaniu remontu drogi nr (...) objętego spornym zleceniem, a zatem sprzeczna z istotą

i celem tej instytucji prawnej. W rezultacie kara umowna wyliczona w analizowanym przypadku na podstawie wartości wynagrodzenia netto 15.774.300 zł ustalonego za remonty wszystkich dróg krajowych objętych umową, w wysokości 867.586,50 zł (przekraczającej 14% wartości robót objętych zleceniem), musi być uznana za rażąco wygórowaną. Konsekwencją tego jest potrzeba jej redukcji na podstawie art. 484 § 2 k.c. poprzez odniesienie do wartości robót (wynagrodzenia wykonawcy robót) określonych

w przedmiotowym zleceniu remontu drogi nr (...), które wynosiło 6.016.194,80 zł netto. Wyliczona od tej kwoty kara umowna za zwłokę powoda w wykonaniu remontu drogi nr (...) w wysokości 0,1% za każdy dzień zwłoki wynosi 330.890,45 zł ($6.016.194,80 \text{ zł} \times 0,1\% = 6.016,19 \text{ zł} \times 55 \text{ dni} = 330.890,45 \text{ zł}$). Miarkowanie kary umownej do tej kwoty w sposób właściwy uwzględnia funkcje tej kary, czyniąc ją przy tym karą sprawiedliwą.

W rezultacie stwierdzić należało, że istniały podstawy do potrącenia przez Skarb Państwa jego wierzytelności z tytułu kary umownej w wysokości 330.890,45 zł

z wierzytelnością powodowej spółki o zapłatę wynagrodzenia za wykonany remont drogi krajowej nr (...), objętego fakturą nr (...) z 22 grudnia 2011 r., na podstawie art. 498

§ 1 k.c. Oświadczenie o potrąceniu złożone powodowi przez pozwanego w piśmie

z dnia 27 grudnia 2011 r. było zatem skuteczne tylko co do kwoty 330.890,45 zł

i doprowadziło do umorzenia wierzytelności powoda o zapłatę wynagrodzenia z w/w faktury w zakresie tej kwoty, stosownie do art. 498 § 2 k.c. Do zapłaty z tej faktury pozostała jeszcze niezapłacona przez powoda suma 536.696,05 zł (867.586,50 zł minus 330.890,45 zł),

co do której potrącenie należy uznać za nieskuteczne. W tej sytuacji pozwany Skarb Państwa, powołując się na dokonane potrącenie, mógł uchylić się od zapłaty powodowej spółce części wynagrodzenia w kwocie 330.890,45 zł, a nie mógł uchylić się od zapłaty wynagrodzenia powoda w kwocie 536.696,05 zł.

Powodowi należą się również odsetki ustawowe za opóźnienie w zapłacie przez pozwanego powyższej kwoty. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a jeżeli strony nie oznaczyły z góry stopy odsetek, należą się odsetki ustawowe. Termin zapłaty spornej faktury VAT przypadał na dzień 21 stycznia 2012 r. Uzasadnione było zatem zawarte w pozwie żądanie zasądzenia odsetek ustawowych od wskazanej kwoty od dnia 22 stycznia 2012 r., gdyż w tym dniu pozwany znajdował się już

w opóźnieniu w jej zapłacie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd na podstawie powołanych przepisów zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 536.696,05 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 22 stycznia 2012 r. (pkt. I sentencji wyroku) i oddalił powództwo w pozostałej części (pkt. II sentencji wyroku).

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. III sentencji wyroku Sąd stosunkowo rozdzielił je pomiędzy stronami na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c., odpowiednio do wyniku sprawy. Z dochodzonej kwoty 867.586,50 zł Sąd zasądził na rzecz powoda kwotę

536.696,05 zł. Powód wygrał zatem sprawę w 61,86% ($536.696,05 \text{ zł} / 867.586,50 \text{ zł} \times 100$), przegrał zaś w 38,14%, a w tym stosunku wygrał sprawę pozwany. Zatem strony powinny ponieść koszty w następujących udziałach: powód

w 38,14%, pozwany zaś w 61,86%. Koszty powoda niezbędne do celowego dochodzenia praw w niniejszej sprawie wyniosły łącznie 52.947,11 zł, na co składają się uiszczona opłata sądowa od pozwu w wysokości 43.380 zł, uiszczony koszt opinii biegłego w wysokości łącznej 2.350,11 zł, opłata skarbowa od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda w wysokości 7.200 zł, ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490). Koszty pozwanego niezbędne do celowej obrony stanowiły zaś tylko koszty zastępstwa procesowego pozwanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa w wysokości 7.200 zł, ustalonej stosownie do § 6 pkt 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461) w zw. z art. 99 k.p.c. Suma kosztów obydwu stron w niniejszej sprawie wyniosła zatem 60.147,11 zł. Powód, stosownie do wyniku sprawy, powinien pokryć koszty procesu w wysokości 22.940,11 zł ($60.147,11 \text{ zł} \times 38,14\%$), a poniósł koszty w wysokości 52.947,11 zł. Wobec tego pozwany winien zwrócić powodowi część kosztów postępowania w wysokości 30.007 zł ($52.947,11 \text{ zł} \text{ minus } 22.940,11 \text{ zł}$).

Nieuiszczone przez strony i wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie koszty sądowe z tytułu części wynagrodzenia biegłego wyniosły łącznie 1.350,47 zł. Mając na uwadze wskazany wyżej wynik sprawy Sąd w pkt. IV i V sentencji wyroku na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 594) nakazał pobrać tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie od powoda kwotę 515,07 zł ($1.350,47 \times 38,14\%$) i od pozwanego kwotę 835,40 zł ($1.350,47 \text{ zł} \times 61,86\%$).