

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 12 maja 2017 r. Sąd Rejonowy w Gdyni zasądził od pozwanego (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w B. solidarnie na rzecz powodów (...) Spółki Akcyjnej w S. oraz C. y P. A. z siedzibą w B., Hiszpania kwotę 7.186,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 lipca 2013 r. do dnia zapłaty (pkt I wyroku); oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II wyroku); zasądził solidarnie od powodów na rzecz pozwanego (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwotę 7.560,19 zł tytułem zwrotu poniesionych kosztów procesu (pkt III wyroku); nakazał zwrócić solidarnie na rzecz powodów od Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Gdyni kwotę 4.600,00 zł z tytułu nadpłaconych kosztów sądowych (pkt IV wyroku) oraz nakazał zwrócić pozwanemu od Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Gdyni kwotę 1.921,34 zł z tytułu nadpłaconych kosztów sądowych

Podstawę rozstrzygnięcia Sadu I instancji stanowiły następujące ustalenia i rozważania.

W dniu 18 stycznia 2012 roku pomiędzy Miastem K. z siedzibą w K., jako zamawiającym a konsorcjum firm zwanym dalej wykonawcą w składzie:

1. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S.

2. C. y P. A. z siedzibą w B. w Hiszpanii zawarto umowę nr (...) obejmującą roboty budowlane pod nazwą „Przebudowa układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie R.R. Etap I dla zadania inwestycyjnego „Przebudowa Strefy Ś. Miasta K.-Etap II strefa R. R.”. Obowiązki inwestorskie zamawiającego w zakresie wykonywania czynności związanych z prowadzeniem i realizacją projektu na mocy umowy nr (...) przejęła firma (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.. Zgodnie z § 6 termin wykonania całości zamówienia określono na 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Termin ten został przesunięty aneksem nr (...) na dzień 30 kwietnia 2013 roku. Następnie aneksem nr (...) termin wykonania całości zamówienia przesunięto na dzień 15 lipca 2013 roku.

W dniu 5 października 2012 roku pomiędzy (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w S. i C. y P. A. z siedzibą w B. w Hiszpanii, jako wykonawcą a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jako podwykonawcą zawarto umowę nr (...). Zgodnie z klauzulą nr 1 Wykonawca powierzał a Podwykonawca zobowiązał się do (...) Prac (...) (dalej: Prace] polegających na wykonaniu nawierzchni z płyt granitowych, a w szczególności zobowiązuje się wykonać:

a) ułożenie nawierzchni z płyt granitowych z docinką wraz z wykonaniem spoin z materiałów typu S.,

b) ułożenie kostki kamiennej żółtej wraz z docinką z wykonaniem spoin z materiałów typu S..

Zgodnie z klauzulą nr 2 szczegółowy zakres prac Podwykonawcy określał wykaz składników wynagrodzenia stanowiący załącznik nr 4 do Umowy. Prace miały zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Projektową oraz Specyfikacją Techniczną stanowiącymi odpowiednio Załącznik nr 1A i Załącznik nr 1B do niniejszej Umowy.

Zgodnie z klauzulą nr 3 Podwykonawca był odpowiedzialny za pełną koordynację Prac w zakresie przedmiotu umowy oraz miał wykonać przedmiotowe prace zgodnie z wytycznymi wskazanymi przez Wykonawcę. Podwykonawca miał dostarczyć wszelki niezbędny sprzęt i siłę roboczą niezbędną do wykonania przedmiotowych Prac. Wykonawca, celem realizacji Prac, miał przekazać protokolarnie Podwykonawcy:

a) płyty granitowe w ilości 800 m²,

b) kostkę kamienną żółtą w ilości 200 m²

Zgodnie z klauzulą nr 6 termin rozpoczęcia przedmiotowych Prac ustalony został na dzień 8 października 2012 r. Prace miały być zakończone w następujących terminach:

- a) wykonanie odcinka w nawierzchni granitowej na relacji tramwajowej wschód - południe dwutorowo w terminie do 31.10.2012 r.,
- b) wykonanie odcinka w nawierzchni granitowej na relacji tramwajowej wschód - zachód dwutorowo w terminie do 30.11.2012 r.,
- c) wykonanie odcinka w nawierzchni granitowej na relacji tramwajowej północ - południe oraz północ-zachód dwutorowo w terminie do 18.12.2012 r.

Termin zakończenia przedmiotowych prac miał być równoznaczny z dniem podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Końcowego Prac i ustalony został na 18 grudnia 2012 r.

Zgodnie z klauzulą nr 7 podwykonawca do dnia 25 każdego miesiąca miał przedkładać Wykonawcy rozliczenie przedstawiające zaawansowanie realizacji prac zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do Umowy wraz z niezbędnymi dokumentami. Wykonawca w terminie 3 dni roboczych od dnia uzyskania zatwierdzonych ilości obmiarowych przez Zamawiającego miał zatwierdzić otrzymane Rozliczenie i wystawić protokół Odbioru lub dokonać zmian zgodnie z ilościami zatwierdzonymi przez zamawiającego.

Zgodnie z klauzulą nr 8 Protokół Odbioru Końcowego Prac miał zostać wystawiony przez Wykonawcę pod warunkiem zakończenia przez Podwykonawcę wszystkich Prac będących przedmiotem umowy, dostarczenia Wykonawcy przez Podwykonawcę, na jego własny koszt, dokumentacji powykonawczej, certyfikatów, aprobat technicznych, receptur oraz innych wymaganych dokumentów, w szczególności regulowanych ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r o wyrobach budowlanych.

Zgodnie z klauzulą 9 strony ustaliły szacunkowe wynagrodzenie Podwykonawcy za wykonanie prac na kwotę 195.000,00 zł netto.

Zgodnie z klauzulą nr 11 strony ustaliły, że podstawą wystawienia przez Podwykonawcę faktury VAT będzie obustronnie podpisany Protokół Odbioru/Protokół Odbioru Końcowego Prac.

Zgodnie z klauzulą nr 15 Podwykonawca zobowiązany był do dostarczenia Wykonawcy na własny koszt, w ciągu 14 dni od dnia podpisania niniejszej umowy, zabezpieczenia należytego wykonania przez Podwykonawcę obowiązków wynikających z niniejszej Umowy, a w szczególności należyte wykonanie prac podwykonawczych zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną w formie gotówki lub bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na kwotę stanowiącą 10 % wartości całkowitego zamówienia określonego w ustępie 9 niniejszej umowy.

Zgodnie z klauzulą nr 27 Podwykonawca miał zapłacić Wykonawcy kary umowne:

- a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu niniejszej Umowy - w wysokości 0,1 % całkowitego Wynagrodzenia określonego w punkcie 7 niniejszej Umowy za każdy dzień zwłoki,
- b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, po odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji - w wysokości 0,1 % całkowitego Wynagrodzenia określonego w punkcie 10 niniejszej Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,
- c) za zwłokę w dostarczeniu dokumentacji powykonawczej - 0,1 % za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,1 % całkowitego Wynagrodzenia określonego w punkcie 10 niniejszej Umowy za każdy dzień zwłoki,

d) za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Podwykonawca - w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, ustalonego w ustępie 10 niniejszej Umowy.

Zgodnie z klauzula nr 28 wykonawcy przysługiwało prawo do odstąpienia od Umowy ze skutkiem natychmiastowym (przy czym Strony ustaliły, że odstąpienie takie jest skuteczne ex nunc i odnosić się będzie jedynie do przyszłości) w przypadku gdy:

- a) Podwykonawca zrezygnuje z prowadzenia Prac Podwykonawczych;
- b) Podwykonawca opóźnia się z wykonywaniem Prac Podwykonawczych tak dalece, że nie jest prawdopodobne żeby zdołał je zrealizować w uzgodnionym czasie;
- c) Podwykonawca nie wykonuje Prac Podwykonawczych zgodnie z warunkami niniejszej Umowy oraz wymaganą jakością lub opóźnia się z usunięciem wad lub usterek pomimo bezskutecznego wcześniejszego wezwania go przez Wykonawcę do zmiany takiego sposobu wykonania Umowy i wyznaczenia mu w tym celu dodatkowego terminu.

Wykonawca był zobowiązany złożyć Podwykonawcy oświadczenie o odstąpieniu w formie pisemnej. W przypadku odstąpienia Wykonawcy przysługiwała kara umowna, o której mowa w ustępie 27 d).

Zgodnie z klauzulą nr 29 kary umowne, o których mowa w ust. 27 lit. a do lit. d, mogły być potrącane przez Wykonawcę z Wynagrodzenia należnego Podwykonawcy.

Zgodnie z klauzulą nr 30 Wykonawca zastrzegał sobie prawo odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia) w sytuacji, gdy:

- a) Kontrakt pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zostanie rozwiązany;
- b) Zamawiający, Wykonawca lub Podwykonawca postawiony zostanie w stan likwidacji, bądź zostanie wydane orzeczenie o ustanowieniu dla nich zarządcy przymusowego;
- c) Podwykonawca nie rozpocznie obowiązków wynikających z niniejszej Umowy w terminie 14 dni od jej zawarcia;
- d) Podwykonawca zaniechał realizacji Umowy, a w szczególności przerwał realizację robót na okres dłuższy niż jednego miesiąca, chyba że zaniechanie realizacji umowy wynika z przyczyn, za które Podwykonawca nie odpowiada;

Umowne prawo do odstąpienia wykonywane miało być przez złożenie przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia Podwykonawcy, w terminie do 60 (sześćdziesięciu) dni, licząc od dnia zaistnienia, bądź powzięcia przez Wykonawcę wiadomości o wystąpieniu zdarzenia będącego przyczyną odstąpienia, przy czym Strony zgodnie ustaliły, że odstąpienie będzie skuteczne ex nunc i odnosić się będzie jedynie do przyszłości. W przypadku rozwiązania umowy z powodów, o których mowa powyżej w pkt d), e), Wykonawcy przysługuje kara umowna, o której w ustępie 27 d).

Zgodnie z klauzulą 31 Wykonawca zastrzegał sobie prawo dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość kar umownych, na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego.

W załączniku nr 4 do powyższej umowy wskazano, że za wykonanie 200 m² nawierzchni z kostki granitowej żółtej łupanej z płyt gr. 10 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4, wraz z docinką oraz wykonaniem spoinowania fugą S. wynagrodzenie będzie wynosiło 39.000,00 zł. Natomiast za wykonanie nawierzchni z płyt granitowych o wymiarach 100x100, 100x 75, 75x75, 50x50, 25x25, 12,5x12,5 o gr. 10 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 wraz z docinką oraz wykonaniem spoinowania fugą (...) w ilości 800 m² wynagrodzenie będzie wynosiło 156.000,00 zł.

Do umowy załączono także umowę gwarancyjną z dnia 5 października 2012 roku. Zgodnie z § 1 umowy podwykonawca udzielał gwarancji jakości na okres 5 (pięciu) lat na zrealizowane Prace zgodnie z Umową nr (...) z dnia 5 października 2012 r. na wykonanie nawierzchni z płyt granitowych wraz w wykonaniem spoin (z wyłączeniem płyt granitowych -

materiał Wykonawcy) (dalej: Umowa Podwykonawcza) zgodnie z przepisem art. 577 i nast. Kodeksu Cywilnego, której ważność rozpoczynała się z dniem podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Projektu, o którym mowa w ustępie 7 Umowy Podwykonawczej.

Zgodnie z § 2 pkt 1 Podwykonawca - Gwarant był zobowiązany z tytułu udzielonej gwarancji do usunięcia na własny koszt wad przedmiotu przywołanej Umowy ujawnionych w ciągu terminu, o jakim mowa w § 1. Zgodnie z § 2 pkt 2 Podwykonawca nie odpowiadał za wady w wykonanych Pracach objętych umową gwarancyjną w przypadku:

- a) uszkodzeń powstałych w wyniku niewłaściwej eksploatacji,
- b) samowolnego dokonywania napraw przez Wykonawcę,

Zgodnie z § 3 w razie stwierdzenia wad w czasie trwania okresu gwarancji Strony ustaliły następujący tryb postępowania:

1. o wykryciu wad Wykonawca jest obowiązany zawiadomić Podwykonawcę na piśmie w terminie 7 dni od wykrycia wady;

2. istnienie wady powinno być stwierdzone protokolarnie i potwierdzone przez -podwykonawcę. O dacie i miejscu oględzin mających na celu jej potwierdzenie i odpowiednie sklasyfikowanie, należy zawiadomić Podwykonawcę na piśmie. O ile Podwykonawca bez uzasadnienia nie przystąpi do oględzin wad, protokół zostanie sporządzony jednostronnie przez Wykonawcę. Wykonawca wyznacza termin na usunięcie wad;

3. Podwykonawca zobowiązany jest przystąpić do usuwania powstałych wad, w następujących terminach:

- a) wad uniemożliwiających zgodne z przeznaczeniem funkcjonowanie wciągu 2 (dwóch) dni roboczych od daty ich protokolarnego potwierdzenia,
- b] innych wad w terminie 7 dni od ich protokolarnego potwierdzenia.

Zgodnie z § 4 w przypadku niestawienia się na oględziny przez Podwykonawcę bez podania istotnego powodu, nie przystąpienia przez Podwykonawcę do usuwania wad w terminie, o którym mowa w § 3, nieusunięcia wad lub niezachowania/niedotrzymania terminu wyznaczonego na usunięcie wad, Wykonawca miał prawo usunąć wady (z zachowaniem niniejszej gwarancji) we własnym zakresie lub poprzez innego wykonawcę, a kosztami z tym związanymi, wraz z kosztami lokalizacji wad i odtworzenia stanu pierwotnego Projektu, po dokonaniu napraw, obciążyć Podwykonawcę.

Aneks nr 1 z dnia 17 grudnia 2012 roku strony przesunęły termin wykonania prac podwykonawczych na dzień 30 kwietnia 2013 roku, Następnie aneksem nr 2 z dnia 30 kwietnia 2013 roku strony przesunęły termin zakończenia prac do dnia 24 czerwca 2013 roku. Strony ustaliły, że termin zakończenia przedmiotowych prac równoznaczny będzie z dniem podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego prac.

Na przebudowie centrum w K. była stała ekipa pracowników pozwanego oraz dojeżdżali również sporadycznie inni pracownicy do pomocy. W trakcie wykonywania przez pozwanego prac w K. nie był wstrzymany ruch tramwajowy. Po nawierzchniach budowanych przez pozwanego poruszał się sprzęt budowlany, ciężarówki, ciągnik, czy walec drogowy należące do innych podmiotów pracujących na budowie. Niektóre dostarczone przez (...) S.A. płyty granitowe były uszkodzone, ze skazami, kostka kamienna nie była pierwszej jakości. Podosypka była przez (...) S.A. dowożona zbyt późno, zdarzył się brak podsypanki. Niekiedy niewykorzystana podsypanka była przechowywana na placu budowy, w zimne dni zamarzała z wierzchu, latem była zbyt sucha.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 roku powód wezwał pozwanego do zwiększenia potencjału ludzkiego i pilnego zakończenia robót na przekazanych frontach robót.

Pozwany pismem z dnia 6 czerwca 2013 roku wezwał powoda do udostępnienia frontu robót w celu zakończenia wykonywanych prac brukarskich. W odpowiedzi powód w piśmie z dnia 7 czerwca 2013 roku poinformował, że pozostały do wykonania zakres robót (przejazd w rejonie ul.(...)) jest dostępny od 7 czerwca 2013 roku. Powód wezwał pozwanego do wykonania prac poprawkowych w zakresie:

- nierówno dociętych płyt granitowych i kostek kamiennych,
- uszkodzeń powierzchni płyt granitowych spowodowanych cięciem innych płyt,
- miejscowym uzupełnieniem spoin w wykonanej nawierzchni brukowej,
- oczyszczeniem miejsc zabrudzonych podczas wykonywania spoinowania (lokalnie nawierzchnia brukowa, elementy szynowe w tym mechanizmy zwrotnic tramwajowych).

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 roku powód ponownie wezwał pozwanego do zwiększenia potencjału ludzkiego na kontrakcie i pilnego zakończenia robót

Pozwany w piśmie z dnia 10 czerwca 2013 roku poinformował, że w dniach 08-09 czerwca 2013 roku wykonał pełny zakres prac w postaci ułożenia płyt granitowych. Pozwany wskazał, że prace były utrudnione ponieważ materiał w postaci podsypki został dostarczony ze znacznym opóźnieniem. Pozwany wskazał, że jeśli chodzi o prace poprawkowe to wszelkie uszkodzenia nawierzchni powstały w wyniku poruszania się po nich ciężkich maszyn budowlanych. Pozwany wskazał, że nie poczuwa się w tym zakresie do odpowiedzialności. W odpowiedzi powód wskazał, że zrealizowany w dniu 8 czerwca 2013 roku zakres prac jest nie do przyjęcia. Powód wskazał, że po otrzymaniu informacji o konieczności dostarczenia podsypki w ciągu 2 godzin dostarczono podsypkę, że wszystkie uwagi dotyczące wadliwie wykonanych prac są aktualne i pozwany nie przystąpił do usuwania wad, a także, że Generalny Wykonawca prosi o przybycie w dniu 13 czerwca 2013 roku w celu komisyjnego zinventaryzowania dotychczas wykonanych prac w odniesieniu do ich jakości, jak również omówieniu pozostałego zakresu do zrealizowania.

Pismem z dnia 14 czerwca 2013 roku powód wskazał, że w przypadku nienależytego wykonania umowy (w tym nieterminowego zakończenia prac), wykonawcy przysługuje prawo do naliczenia kar umownych. Powód wezwał pozwanego do niezwłocznego przystąpienia i zakończenia prac będących przedmiotem umowy.

W dniu 14 czerwca 2013 roku Bank Spółdzielczy w Z. wystawił na rzecz powodów gwarancję nr (...) tytułem zabezpieczenia wykonania umowy nr (...) na sumę 7.195,50 zł - ważną od dnia 9 lipca 2018 roku. W tym samym dniu Bank Spółdzielczy w Z. wystawił na rzecz powodów gwarancję nr (...) wykonania umowy nr (...) na kwotę 16.789,50 zł ważną od dnia 31 lipca 2013 r

Korespondencją elektroniczną z dnia 15 czerwca 2013 roku pozwany poinformował pozwanego, że w dniu 15 czerwca 2013 roku podwykonawca nie mógł wykonywać prac albowiem podsypkę dostarczono mu dopiero o godzinie 11.30 (był w gotowości do świadczenia pracy od godz. 7 min 00). Pozwany wskazał, że taka sama sytuacja zaistniała w dniu 8 czerwca 2013 roku kiedy wykonawca dostarczył podsypkę dopiero na godzinę 13.00 pomimo gotowości do prac przez podwykonawcę o godz. 7.00. Pozwany wskazał, że zła organizacja robót i brak współdziałania przez Generalnego Wykonawcę powoduje niemożność realizacji inwestycji w wyznaczonym terminie. Naraziło to podwykonawcę na dodatkowe koszty (transport oraz płace dla pracowników), za które należy się dodatkowe wynagrodzenie.

Pismem z dnia 18 czerwca 2013 roku pozwany poinformował powoda, że w dniach 21-22 czerwca 2013 roku (piątek-sobota) zamierza zakończyć realizację prac brukarskich. Pozwany wezwał do udostępnienia w tych dniach frontu robót poprzez dostarczenie na czas stosowanych materiałów oraz wstrzymanie ruchu tramwajów. Pozwany wskazał, że oczekuje najpóźniej do dnia 20 czerwca 2013 roku dostarczenia dokumentów świadczących o wstrzymaniu ruchu tramwajów. W odpowiedzi powód w piśmie z dnia 19 czerwca 2013 roku wskazał, że umowa nie przewidywała, aby prace miały być wykonywane wyłącznie przy wyłączonym ruchu tramwajowym. Powód poinformował, że wyłączenia ruchu tramwajowego dopuszczalne są jedynie podczas weekendów. Powód wskazał, że kierownik budowy potwierdził

możliwość wyłączenia ruchu tramwajowego w najbliższy weekend, tj. w dniu 22 czerwca 2013 roku do 23 czerwca 2013 roku. Nadto powód wskazał, że w okresie zamknięć torowych w dniach 25-26 maja 2013 r. pozwany wykorzystał do prowadzenia prac tylko jeden dzień w sobotę do godziny 15.00. Powód wskazał także, że z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (awaria transportu) w dniu 15.06.2013 r. transport podsypki na budowę został opóźniony, co w żaden sposób nie mogło wpłynąć na wydajność albowiem pozwany mógł wykonywać prace naprawcze.

Pismem z dnia 21 czerwca 2013 roku powód wezwał pozwanego do przekazania informacji, kiedy możliwe będzie zakończenie prac. Powód wskazał, że oczekuje wskazania osoby odpowiedzialnej za kierowanie robotami na placu budowy wraz ze szczególnym zakresem prac, który będzie realizowany w dniach 22-23 czerwca 2013 r. Powód wezwał pozwanego do zwiększenia potencjału wykonawczego w celu realizacji powierzonego zadania i zakończenia wszystkich robót nie później niż do dnia 24 czerwca 2013 roku. Powód wskazał, że wymaga obecności na placu budowy kompletnego przedstawiciela podwykonawcy (kierownika robót) w celu komisyjnego zinventaryzowania dotychczas wykonanych robót w odniesieniu do ich jakości. Powód wskazał także, że pozwany dotychczas nie usunął wad.

Pismem z dnia 22 czerwca 2013 roku pozwany poinformował powoda, że w trakcie prac na budowie i rozebraniu fragmentu uszkodzonej nawierzchni z kostki granitowej, obok odwodnienia na moście przy Al. (...) zgłoszonej przez generalnego wykonawcy celem poprawienia, zauważono pęknięcie na płycie żelbetowej i pęknięte korytko odwodnienia. Pozwany wskazał, że wymienione uszkodzenia ujawnione pod kostką granitową mogą stanowić bezpośrednią przyczynę uszkodzenia i deformacji nawierzchni.

Pismem z dnia 22 czerwca 2013 roku pozwany zgłosił odbiór końcowy wykonanych robót zgodnie z umową nr (...) i poprosił o wyznaczenie terminu odbioru. W odpowiedzi powód wyznaczył termin odbioru na dzień 27 czerwca 2013 roku.

W dniu 25 czerwca 2013 roku została sporządzona w obecności Dyrektora Projektu W. P. oraz Kierownika Budowy S. K. notatka, w której wskazano następujące uchybienia:

- liczne uszkodzenia płyt granitowych w obrębie skrzyżowania trawnika (poszczerbione płyty),
- braki w spoinach nawierzchni kamiennych,
- uszkodzone elementy kamienne – ślady nacięcia piłą nierówności w ułożeniu płyt (klawiszowanie),

Ustalono następujący zakres naprawy: wymienić uszkodzone płyty, uzupełnić spoiny, przebudować miejsca nierówne.

W dniu 27 czerwca 2013 roku doszło do spotkania przedstawiciela Generalnego Wykonawcy W. P. oraz S. K. przy współudziale podwykonawcy w osobach P. Z. i P. G.. Wskazano następujące uchybienia:

- nierówności na płytach granitowych (tzw. klawiszowanie),
- niewłaściwe ułożenie kostek kamiennych (brak liniowości),
- nieprawidłowo docięte kostki kamienne (kostki krzywe, poszczerbione),
- zastosowanie spoiny o grubości niższej niż normatywna lub brak spoiny pomiędzy kostkami,
- lokalne zapadnięcia kostek kamiennych,
- niewłaściwe ułożenie płyt granitowych,
- niewłaściwe docięte płyt granitowych (płyty krzywe, poszczerbione),
- zastosowanie spoiny o grubości niższej niż normatywna lub brak spoiny pomiędzy płytami.

Przedstawiciele pozwanego odmówili popisania ww. protokołu oraz nie wnieśli żadnych uwag przez 14 dni od dnia odbioru. Powodowie w treści protokołu odbioru końcowego wyznaczyli pozwanemu termin naprawienia wadliwych prac do dnia 7 lipca 2013 r.

Pismem z dnia 2 lipca 2013 roku powód wezwał pozwanego do potwierdzenia terminu rozpoczęcia prac związanych z usunięciem wad i usterek do dnia 3 lipca 2013 roku. Jednocześnie poinformowano pozwanego, że w dniach 06.07.2013 r. do 08.07.2013 r. nastąpi wstrzymanie ruchu tramwajowego. Powód wskazał, że usterki należy usunąć do dnia 8 lipca 2013 roku. Ponownie pismem z dnia 5 lipca 2013 roku powodowie wezwali pozwanego do usunięcia wad oraz poinformowali pozwanego o obowiązku zapłaty kar umownych za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, uprawnieniu powodów do odstąpienia od umowy powykonawczej oraz o karze umownej z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi pozwany.

Aby uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z realizacją umowy powodowie zawarli ze Z. M. w dniu 9 lipca 2013 roku umowę, na mocy której Z. M. jako podwykonawca (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...).B.BH.P.T. (...) w G.) przyjął do wykonania prace naprawcze nawierzchni z płyt granitowych o wymiarach 100x100, 25x25, 12,5 gr. 10cm oraz nawierzchni z kostki kamiennej golden royal (żółtej) na podsypce cementowo-piaskowej w torowisku tramwajowym wraz z docinką oraz wykonaniem spoinowania fugą S. wraz z robotami towarzyszącymi. Ustalono termin rozpoczęcia prac na 9 lipca 2013 r., a termin zakończenia prac na 20 lipca 2013 r. Ustalono także szacunkowe wynagrodzenie za wykonanie prac na kwotę 36.000 zł netto.

Pismem z dnia 11 lipca 2013 roku powodowie odstąpili od umowy powykonawczej z przyczyn leżących po stronie pozwanego na mocy klauzuli 28 pkt c. Pozwany odebrał oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 11 lipca 2013 roku.

W piśmie z dnia 11 lipca 2013 roku pozwany wskazał, że nie poczuwa się do obowiązku przeprowadzenia jakichkolwiek prac związanych z usunięciem wad i usterek.

Pozwany odnosząc się do prac wykonywanych na ul. (...) - W. wskazał:

- poprawa nierówności na płytach granitowych (klawiszowanie)+ liniowość; prace wykonywane były w porze zimowej przy panujących wówczas na zewnątrz ujemnych temperaturach. Nadto generalny wykonawca nie zabezpieczył terenu i po świeżo ułożonych nawierzchniach poruszały się ciężkie maszyny budowlane.

- poprawa niewłaściwie ułożonych kostek R. G. (1) (brak liniowości); prace zostały wykonane z należytą starannością. Przyczyną powstania wad był brak jednolitej dylatacji przy torowisku, krzywizna na szerokości jak i wysokości. Wymagało to docięcia kostki do krzywych powierzchni dylatacji, co przyczyniło się do wypadania i klawiszowania tzw. drobnych docinek.

- wymiana naciętych płyt granitowych; płyty zostały na zlecenie generalnego wykonawcy wymienione w dniach 22-23 czerwca 2013 r., po tym terminie mogły zostać ponacinane przez innych podwykonawców.

- poprawa ułożenia kostki 12,5 x 12,5 na łukach kierunek 3-go M.-K.; kostka została ułożona zgodnie ze sztuką. Inni podwykonawcy układający nawierzchnię z kostki szarej surowo-lupanej 10x11 przemieszczali się po świeżo ułożonej kostce wraz z osprzętem co doprowadziło do powstania nierówności.

- lokalna poprawa kostek 12,5x12,5 (zapadnięcia)+ wymiana naciętych płyt + obróbka wokół skrzyni stalowej; nawierzchnia z kostki 12,5x12,5 została poprawiona w dniach 22-23.06.2013 r.; jej zapadnięcie spowodowane było poruszaniem się po świeżo ułożonej nawierzchni samochodów i ciężkiego sprzętu.

Odnosząc się do prac wykonywanych na ul. (...) - Al. (...) pozwany wskazał:

- wymiana naciętych płyt granitowych oraz kostki Royal Gold; płyty na tym obszarze były układane przez inną firmę,

- wymiana niewłaściwie położonych płyt granitowych (20x20 zamiast 12,5x12,5); płyty 20x20 zostały ułożone na polecenie pracowników generalnego wykonawcy,

- przełożenie ok. 5 rzędów kostki surowo-lupanej na połączeniu asfaltu z kostką ul. (...): kostka została ułożona prawidłowo, wszelkie nieprawidłowości zostały spowodowane brakiem dylatacji.

- poprawa niewłaściwie dociętych płyt (lokalnie przy szynie) - Rejon Teatru im. W.; płyty zostały ułożone do dylatacji z tworzywa sztucznego tzw. gumy wylanej przy szynie. Pozwany wskazał, że nie jest odpowiedzialny za nieprawidłowe jej wykonanie.

Pozwany wskazał ponadto, że w dniach 22-23.06.2013 r. wykonał wszystkie prace poprawkowe jakie zlecił Generalny Wykonawca.

Odnosząc się do odstąpienia od umowy pozwany wskazał, że nie zgadza się z zapisem, iż odstąpienie jest spowodowane przyczynami leżącymi po stronie podwykonawcy. Pozwany wskazał, iż w dniach 22-23.06.2013r podwykonawca przyjechał ze zwiększoną liczbą pracowników na budowę i dokonał wszelkich poprawek.

W dniu 11 lipca 2013 r. powodowie wystawili na rzecz pozwanego notę obciążeniową nr NO KT 1/07/2013 obejmująca karę za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które ponosi podwykonawca zgodnie z umową (...) pkt 27 lit d w kwocie 23.985,00 zł. Pismem z dnia 17 lipca 2013 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w wysokości 10 % szacunkowego wynagrodzenia brutto, tj. w wysokości 23.985,00 zł w terminie 7 dni. Pozwany wezwanie otrzymał w dniu 19 lipca 2013 roku.

W dniu 25 lipca 2013 roku Z. M. wystawił na rzecz powodowa fakturę nr (...) obejmująca prace naprawcze powierzchni granitowych zgodnie z umową nr (...) z dnia 9 lipca 2013 r. na kwotę 36.000 zł netto, tj. 44.280 zł brutto z terminem płatności 8 sierpnia 2013 roku.

Pismem z dnia 26 lipca 2013 roku powód powiadomił pozwanego, że dokona zgłoszenia roszczenia w ramach gwarancji bankowej nr (...) z dnia 14 czerwca 2013 r. Roszczenie wynika z uchybienia podwykonawcy, tj. nieusunięcia usterek w zakreślonych terminach oraz niewykonania prac podwykonawczych w sposób zgodny z umową, co skutkowało odstąpieniem od umowy przez wykonawcę z winy podwykonawcy i koniecznością naliczenia kary umownej. W tym samym dniu, tj. 26 lipca 2013 r. powód wezwał Bank Spółdzielczy w Z., jako gwaranta zabezpieczenia wykonania umowy (...) do zapłaty kwoty 16.798,50 zł. Bank przelał na rzecz powodów kwotę 16.798,50 zł w dniu 1 sierpnia 2013 roku.

Pozwany w piśmie z dnia 29 lipca 2013 roku wskazał, że nie uznaje zasadności noty nr NO KT 1/07/2013 i odsyła ją bez księgowania. Pozwany podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie braku odpowiedzialności za usterki.

W dniu 30 lipca 2013 roku Komisja złożona z R. P. (inżynier projektu), S. K. i A. O. (powód) oraz G. W. dokonała odbioru robót zakończonych na dzień 15 lipca 2013 roku w ramach projektu „Przebudowa układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie r. (...) dla zadania inwestycyjnego „przebudowa strefy śródmiejskiej miasta K.” Stwierdzono kolejne usterki i wyznaczono termin na 9 sierpnia 2013 r.

Kolejne usterki stwierdzone przez Komisję skutkowały podpisaniem aneksu nr (...) pomiędzy powodami a Z. M., na mocy którego w umowie (...) zmieniono termin wykonania prac podwykonawczych na dzień 10 sierpnia 2013 roku.

W piśmie z dnia 9 sierpnia 2013 r. powodowie odnieśli się merytorycznie do wyjaśnień pozwanego wskazanych w piśmie z dnia 29 lipca 2013 r., w szczególności w zakresie ul.(...) – ul. (...) wskazując:

a) poprawa nierówności na płytach granitowych (klawiszowanie + liniowość). Od momentu zawarcia umowy przez strony realizacja prac przez podwykonawcę przebiegała wolno, a wykonywane odcinki nawierzchni z płyt granitowych

nie były kończone (brak spoiny). To powodowało nawet przy niewielkim ruchu pieszym, klawiszowanie nawierzchni z wykonanych a niezakończonych płyt granitowych.

b) poprawa niewłaściwie ułożonych kostek R. G. (1) (brak liniowości). Gdyby prace zostały wykonane przez podwykonawcę z należyłą starannością tzn. kostki właściwie docięte i niezwłocznie zaspoinowane po ich ułożeniu, to z pewnością nie doszłoby do ich wypadania i klawiszowania.

c) wymiana naciętych płyt granitowych. Wykonawca zaprzecza, że jakiegokolwiek płyty wcześniej nacięte przez pracowników podwykonawcy zostały wymienione w dniach 22-23.06.2013 r. W tych dniach prace koncentrowały się jedynie na zabrukowaniu ostatniego pozostałego Podwykonawcy odcinka, tj. torowiska na przecięciu ul. (...) w K.. Wcześniej wskazywane przez Wykonawcę nacięte płyty nie zostały wymienione przez podwykonawcę.

d) poprawa ułożenia kostki 12,5x12,5 na łukach kierunku 3-go M.-K.. Wykonywana przez podwykonawcę nawierzchnia brukowa z kostek 12,5x12,5 oraz 25x25 cm zgodnie z zapisami protokołu, została ułożona nieprawidłowo. Uwagi dotyczyły przede wszystkim jakości i estetyki wykonania, gdzie ułożone kostki zwłaszcza w rejonie szyn tramwajowych były niewłaściwie docięte a spoina często nie posiadała wymaganych zapisami (...) normatywnych grubości.

e) lokalna poprawa kostek 12,5x12,5 (zapadnięcia) + wymiana naciętych płyt + obróbka wokół skrzyni stalowej. W dniach 22-23.06.2013 r. podwykonawca nie wykonywał żadnych poprawek w rejonie DH Zenit

W zakresie ul. (...) - Al. (...) powodowie stwierdzili:

a) wymiana naciętych płyt granitowych oraz kostki R. G. (1). Wszystkie płyty będące w zakresie torowiska wykonywał podwykonawca na podstawie umowy (...). Żaden inny podwykonawca nie układał płyt na torowisku.

b) wymiana niewłaściwie położonych płyt granitowych (25x25 zamiast 12,5 x12,5 wzdłuż szyny rejon DH Zenit). Według wiedzy wykonawcy żadne ustalenia odnoszące się do wymiany płyt granitowych nie miały miejsca. Powód wskazał, że tego typu zmianę powinien potwierdzić Inspektor Nadzoru jak i Projektant.

Powód wskazał, że jeśli podwykonawca posiada na tę okoliczność jakiegokolwiek dokument od Inspektora Nadzoru LUB Projektanta prosi o jego przedłożenie.

c) przełożenie ok 5 rzędów kostki surowo łupanej na połączeniu asfaltu z kostką - ul. (...). Uwagi wykonawcy w zakresie prac realizowanych na tym odcinku przez podwykonawcę dotyczyły niewłaściwie wykonanego spoinowania w tym grubości i głębokości samej spoiny, jak również zabrudzonej nawierzchni brukowej materiałem S.. Efektem tego jest obserwowane obecnie wykruszanie się nie tylko w tym rejonie, ale w wielu innych miejscach spoiny między kostkami brukowymi.

d) poprawa niewłaściwie dociętych płyt (lokalnie przy szynie)-rejon Teatru im. W.. Uwagi wykonawcy w zakresie prac realizowanych na tym odcinku przez podwykonawcę dotyczyły przede wszystkim jakości wykonania, gdyż ułożone płyty granitowe zwłaszcza w rejonie szyn tramwajowych, studzienek rewizyjnych i elementów stalowych wyposażenia torowiska, były niewłaściwie docięte (krzywe, poszczerbione), a zastosowana spoina często nie posiadała wymaganych zapisami SST normatywnych grubości lub jej w ogóle nie było. Ponadto należy zaznaczyć, iż w dniach 22-23 czerwca 2013 r. prace Podwykonawcy koncentrowały się głównie na wykonywaniu pozostałego ostatniego odcinka (rejon przejazdu w kierunku ul. (...)). Pozostałe prace poprawkowe, szczegółowo opisane w protokole w dniu odbioru, nie zostały nigdy przez podwykonawcę wykonane.

Powodowie podtrzymali oświadczenie o odstąpieniu z winy pozwanego i odesłali notę obciążeniową NO KT 1/07/2013, ponownie wzywając do zapłaty kwoty dłużnej, tj. kwoty 7.186,50 zł wynikającej z różnicy pomiędzy wysokością naliczonej kary umownej a zapłatą przez Bank Spółdzielczy z siedzibą w Z. części kwoty dłużnej tj. kwoty 16.798,50 zł brutto na podstawie gwarancji wykonania umowy nr (...) w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania

W dniu 13 sierpnia 2013 r. został podpisany protokół wykonania prac naprawczych. W dniu 14 sierpnia 2013 r. Z. M. wystawił na rzecz powoda kolejną fakturę nr (...), obejmującą prace naprawcze powierzchni granitowych zgodnie z umową nr (...) z dnia 9 lipca 2013 r. oraz aneksem z dnia 20.07.2013 r. na kwotę 36.000,00 zł netto, tj. 44.280 zł brutto z terminem płatności 8 sierpnia 2013 r.

W dniu 7 lutego 2014 r. powód wystawił na rzecz pozwanego notę obciążeniową nr NO KT (...), obejmującą odszkodowanie uzupełniające zgodnie z umową nr (...) na kwotę 63.649,88 zł z terminem płatności 14 lutego 2014 r.

Pismem z dnia 24 marca 2014 r. powodowie wezwali pozwanego do zapłaty kwoty 63.649,88 zł wynikającej z następujących faktur:

- faktura VAT Nr (...) z dnia 25 lipca 2013 r. wystawiona przez U.B.H.P.T. (...) Z. M. na (...) SA za prace naprawcze powierzchni granitowych - kwota netto 36.000,00 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 36.000,00 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z 14 sierpnia 2013 r. wystawiona przez U.B.H.P.T. (...) Z. M. na (...) SA za prace naprawcze powierzchni granitowych - kwota netto 15.560,00 zł netto (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 15.660,00 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 25 czerwca 2013r. wystawiona przez S. Kamieniarstwo J. C. na (...) SA za elementy budowlano - granitowe - kwota netto 21.804,91 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 1.235,26 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. wystawiona przez S. Kamieniarstwo J. C. na (...) SA za elementy budowlano - granitowe - kwota netto 32.046,28 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty: 32.046,28 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 18 grudnia 2012 r. wystawiona przez S. Kamieniarstwo J. C. na (...) SA za elementy budowlano - granitowe - kwota netto 16.169,60 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 135.70 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 27 września 2012 r. wystawiona przez (...) Sp. z o.o. w S. na (...) SA za kostkę łupaną, płyty granitowe, palety drewniane - kwota netto 48.394,00 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 880,00 zł netto),

- faktura VAT Nr (...) z dnia 31 lipca (...). wystawiona przez (...) Spółka z o.o. w W. na (...) SA za podsypkę cementowo-piaskową - kwota netto 880,60 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty: 507,64 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 30 sierpnia 2013 r. wystawiona przez B. P.K. Spółka cywilna na (...) SA za prace ogólnobudowlane - kwota netto 29.298,75 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 500,00 zł netto);

- faktura VAT Nr (...) z dnia 31 maja 2013 r. wystawiona przez S. Polska Chemia I. W. na (...) SA za zaprawę do kostki brukowej - kwota netto 4.370,00 zł (z której powodowie dochodzili od pozwanego kwoty 570,00 zł netto).

Powodowie wzywali pozwanego do zapłaty zobowiązania wynikającego z Noty obciążeniowej (...) na kwotę 63.649,88 zł w terminie 7 dni. Wskazali ponadto, że z tytułu noty obciążeniowej (...) opiewającej na kwotę 23.985,00 złotych (kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Podwykonawca zgodnie z umową (...) pkt 27.d.) powodowie otrzymali zapłatę od Banku Spółdzielczego w Z. w wysokości: 16.798,50 zł, zatem nadal pozostaje do zapłaty kara umowna w wysokości 7.186,50 złotych. Powodowie wezwali pozwanego do zapłaty kwoty w łącznej wysokości: 70.836,38 złotych w nieprzekraczalnym terminie 7 dni od otrzymania wezwania. Pismem z dnia 18 kwietnia 2014 roku powód ponowił wezwanie do zapłaty kwoty 70.836,38 zł

Kwota 21.600 zł odpowiada kosztom netto robocizny, materiałów i sprzętu koniecznych do usunięcia wad w części zawinionej wyłącznie lub głównie przez pozwanego.

Stan faktyczny sprawy, który częściowo pozostawał bezsporny pomiędzy stronami, Sąd Rejonowy ustalił na podstawie oświadczeń stron - w zakresie, w jakim nie były one kwestionowane przed drugą stroną. Sąd uwzględnił także dokumenty załączone do akt sprawy, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Sąd także nie znalazł podstaw do podważenia ich wartości i mocy dowodowej. Z tych przyczyn uwzględnił je w całej rozciągłości.

Sąd ocenił zeznania świadka W. P., który był dyrektorem projektu odpowiedzialnym za realizację całego przedsięwzięcia z ramienia powodów, jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o zawarciu i wykonaniu umowy powodów z pozwanym, w tym na temat stwierdzonych nieprawidłowości w pracach pozwanego, wypowiedzenia pozwanemu umowy oraz na temat zlecenia poprawienia prac pozwanego wykonawcy zastępczemu. Zeznania świadka były obszerne, szczegółowe, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka M. W., który był inżynierem budowy, osobą asystującą kierownikowi budowy, jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o stwierdzonych nieprawidłowości w pracach pozwanego, bezskutecznym wzywaniu pozwanego do naprawienia usterek oraz na temat zlecenia poprawienia prac pozwanego wykonawcy zastępczemu. Zeznania świadka były obszerne, szczegółowe, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadków D. J., A. O., S. K., którzy pełnili funkcję kierownika budowy na inwestycji przebudowy centrum K., jako wiarygodne. Wskazani świadkowie posiadali wiedzę na temat stwierdzonych nieprawidłowości w pracach pozwanego, uchyleniu się przez pozwanego od usunięcia usterek oraz na temat zlecenia poprawienia prac pozwanego wykonawcy zastępczemu. Zeznania świadków pokrywały się wzajemnie, były obszerne, szczegółowe, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka P. G., który był podwykonawcą pozwanego, jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o wykonywaniu prac przez pozwanego na omawianej inwestycji. Świadek potwierdził, że w czasie, gdy pozwany wykonywał swoje prace nie był wstrzymany ruch tramwajowy, dostarczone przez (...) S.A. niektóre płyty granitowe były uszkodzone, podsypka była zbyt zimna. Zeznania świadka były konkretne, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka R. P., który był inspektorem nadzoru branży drogowej działającego na zlecenie inżyniera kontraktu na inwestycji przebudowa centrum K., jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o wykonywaniu prac przez pozwanego na wskazanej inwestycji. Świadek potwierdził, że ostatecznie inwestor i inżynier kontraktu dokonali odbioru końcowego całej inwestycji bez zastrzeżeń, wszystkie usterek zostały poprawione lub usunięte. Zeznania świadka były konkretne, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka C. Z., pracownika pozwanego jako, wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o wykonywaniu prac przez pozwanego na inwestycji przebudowa centrum K.. Liczba osób na wskazanej inwestycji była zmienna. Zeznania świadka były ogólnikowe.

Zeznania świadka M. D. były bez znaczenia dla rozpoznania sprawy, gdyż świadek nie pracował na inwestycji przebudowa centrum K..

Sąd ocenił zeznania świadka P. Ś., który był pracownikiem podwykonawcy pozwanego, jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o wykonywaniu przez pozwanego prac na inwestycji przebudowa centrum K.. Świadek potwierdził, że w czasie, gdy pozwany wykonywał swoje prace nie był wstrzymany ruch tramwajowy, po płytach założonych przez pozwanego przejeżdżały ciężarówki oraz ciągnik, niekiedy podsypka zamarzała w okresie zimowym. Zeznania świadka były konkretne, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka Z. U., który był pracownikiem (...) S.A. na stanowisku majstra budowy, jako wiarygodne. Świadek posiadał wiedzę o wykonywaniu prac przez pozwanego na inwestycji przebudowa centrum K.. Świadek

potwierdził, że pozwany miał drobne zastrzeżenia do kostki brukowej, którą nie dawała się ładnie ułożyć. Zeznania świadka były konkretne, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadka Z. M., właściciela podmiotu gospodarczego N., który wykonywał naprawę usterek po pracach pozwanego na inwestycji przebudowa centrum K. dla C. y P. A., jako wiarygodne. Świadek potwierdził, że w kilkunastu miejscach płyty były poszczerbione, wypadały fugi, występowały pęknięcia, zwłaszcza przy torach tramwajowych, wady obniżały estetykę rynku. Świadek wymieniał te wadliwe płyty na nowe. Zeznania świadka były konkretne, logiczne i konsekwentne.

Sąd ocenił zeznania świadków M. P., T. L., K. P., D. K., D. Z., P. T., M. M. (2) pracowników pozwanego, jako wiarygodne. Wskazani świadkowie potwierdzili, że w czasie wykonywania prac przez pozwanego przejeżdżały tramwaje, pojazdy ciężarowe, które uszkadzały przez pozwanego położone płyty granitowe, doszło do wykolejenia tramwaju, który uszkodził nowo położone płyty, przejechał wóz trakcyjny. Dostarczana przez pozwanego podsypka była dowożona zbyt późno, zdarzył się brak podsypki, w zimne dni zamarzała z wierzchu, latem była zbyt sucha.

Zeznania wskazanych świadków były spontaniczne, konsekwentne i wzajemnie się uzupełniały.

Na rozprawie w dniu 27 czerwca 2016 r. Sąd ograniczył dowód z zeznań stron do przesłuchania reprezentanta pozwanego P. Z. z uwagi na nieusprawiedliwione niestawiennictwo reprezentantów powodów na termin rozprawy mimo prawidłowego wezwania.

Jako wiarygodne Sąd ocenił zeznania reprezentanta pozwanego P. Z., były one, bowiem logiczne oraz spójne, nadto znajdowały odzwierciedlenie w pozostałym zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Nic, zatem nie sprzeciwilo się uznaniu ich za polegające na prawdzie.

Istotne znaczenie dla rekonstrukcji stanu faktycznego w niniejszej sprawie miał dowód z opinii biegłego sądowego R. G. (2). Opinia ta została sporządzona przez osobę posiadającą wiadomości specjalne z zakresu budownictwa, a zatem uprawnioną do przeprowadzania badań i sporządzania opinii danego rodzaju. Przedmiotową opinię pisemną kwestionowali powodowie w piśmie procesowym z dnia 6 grudnia 2016 r. w którym wskazywali, że opinia jest nieprzekonująca, niekompletna, wadliwie przedstawia istotne okoliczności oraz pozwany w piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r. wnosząc o wydanie opinii uzupełniającej wskazując, że pozwany nie był zobowiązany do dostarczania podsypki piaskowo-cementowej oraz że pozwany nie odpowiada za wady w wykonanych pracach w przypadku uszkodzeń powstałych w wyniku niewłaściwej eksploatacji samowolnego dokonywania napraw przez Wykonawcę. W pisemnej opinii uzupełniającej biegły R. G. (2) ustosunkował się do zarzutów stron, wskazując, m.in. że niemożliwy do ustalenia jest zakres ilościowy stanów uznawanych za wadliwe. Powodowie dalej kwestionowali opinię biegłego w piśmie z dnia 23 marca 2017 r. i z dnia 20 kwietnia 2017 r. zaś pozwany w piśmie z dnia 27 marca 2017 r.

Na rozprawie w dniu 4 maja 2017 r. biegły udzielił wyczerpujących wyjaśnień i podtrzymał swoje opinie pisemne. Podkreślić należy, że opinie biegłego R. G. zostały sporządzone w sposób rzetelny i obiektywny, zgodnie z zasadami wiedzy fachowej, w oparciu o wnikliwą analizę akt sprawy. W ocenie Sądu, wnioski w nich zawarte zostały należycie umotywowane i nie budziły zastrzeżeń. Brak było, zatem podstaw do zdezawuowania ich wartości i mocy dowodowej. Mając powyższe na uwadze Sąd oparł się na przedmiotowym środku dowodowym, dokonując rekonstrukcji stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Ponadto były zbieżne z opinią G. S., w sprawie IX GC 697/14 z powództwa (...) Sp. z o.o. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w S., w której biegły również stwierdził, że dla szczegółowego wyliczenia kosztów naprawy niezbędne byłoby posiadanie przedmiaru robót naprawczych z wyszczególnionym ich asortymentem czyli szczegółowej inwentaryzacji miejsc uszkodzonych z wyliczeniami. Brak jest kluczowego dokumentu, jakim jest księga obmiaru.

Na rozprawie w dniu 4 maja 2017 r. Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej innego biegłego z uwagi, na brak podstaw do zdezawuowania wartości i mocy dowodowej opinii biegłego R. G. (2).

Zdaniem Sądu roszczenie powodów było zasadne, co do kwoty 7.186,50 zł z tytułu kary umownej w pozostałym zakresie podlega oddaleniu.

Przechodząc do merytorycznych rozważań Sąd w pierwszej kolejności uznał, że powodów i pozwanego łączyła umowa o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 k.c., zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców (art. 647¹ § 1 k.c.). 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 dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647¹ § 2 k.c.). Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio (art. 647¹ § 3 k.c.). Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 647¹ § 4 k.c.). Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (art. 647¹ § 5 k.c.). Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne (art. 647¹ § 6 k.c.).

Art. 649⁵ k.c. stanowi, że przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane stosuje się do umów zawartych między generalnym wykonawcą a dalszymi wykonawcami -podwykonawcami.

Sąd ustalił, że powodowie byli wykonawcą a pozwany był podwykonawcą przebudowy układu drogowego centrum K..

Powodowie domagali się kwoty 7.186,50 zł na podstawie pkt 27. c umowy z dnia 5 października 2013 r. z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi pozwany Podwykonawca zgodnie z umową nr (...).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że kara umowna czyli zastrzeżenie umowne o tzw. odszkodowaniu umownym, jest uregulowana w art. 483 k.c. Zgodnie z § 1 tego artykułu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej.

Wierzyciel chcąc realizować przysługujące mu roszczenie o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769, wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, LEX nr 150649).

Wobec treści przepisów art. 483 k.c. i art. 484 § 1 k.c. kara umowna zastrzeżona w umowie zawartej przez strony, należy się pozwanemu we wskazanej w umowie wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Samo, bowiem niewykonanie zobowiązania jest szkodą a umówiona kara służy jej naprawieniu (tak: m.in. SN w wyroku z dnia 8.08.2008 r., V CSK 85/08).

W świetle treści przepisów art. 483 i 484 k.c. powodowie nie byli obowiązani wykazywać winy pozwanego w niewykonaniu zobowiązania ani też wysokości szkody, lecz jedynie fakt nienależytego wykonania zobowiązania.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, że postępowanie dowodowe wykazało, że prace budowlane zostały wykonane przez pozwanego z wadami, że powodowie wzywali pozwanego do usunięcia tych wad, a także, że

pozwany nie przystąpił do usunięcia tych wad we wskazanych przez powodów terminach (pismo z dnia 2 lipca 2013 r. - k.164, pismo z dnia 5 lipca 2013 r. - k.170). W konsekwencji powodowie byli uprawnieni w myśl klauzuli 27 d i klauzuli 28 c łączącej strony umowy do odstąpienia od umowy z powodu nie realizowania przez pozwanego prac naprawczych, a tym samym do obciążenia pozwanego karami umownymi w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto. Skoro strony określiły wynagrodzenie brutto na kwotę 239.850,00 zł, powodowie byli uprawnieni do obciążenia pozwanego karą umowną w kwocie 23.985,00 zł.

Wobec powyższego żądanie kary umownej przez powodów w części nieuregulowanej przez gwaranta, to jest w zakresie kwoty 7.186,50 zł (23.985,00 zł - 16.798,50 zł = 7.186,50 zł) było w rozpoznawanej sprawie zasadne.

W sprawie niniejszej powodowie dochodzili kosztów wykonania prac naprawczych w kwocie 63.649,88 zł.

Zgodnie z dyspozycją art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Stosownie do treści przytoczonego przepisu przesłankami powstania odpowiedzialności dłużnika są:

- niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika,
- będąca skutkiem tego szkoda,
- istnienie adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem dłużnika a powstałą szkodą.

Ciężar dowodu istnienia wyżej wymienionych spoczywa na powodach, jako stronie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne.

W konsekwencji rozstrzygnąć należało, czy w realiach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki warunkujące odpowiedzialność pozwanego.

Z opinii biegłego R. G. (2) wynika, że niemożliwy do ustalenia jest zakres ilościowy stanów uznawanych za wadliwe. Brak określenia zakresów ilościowych nie pozwala na wyliczenie lub dokładniejsze oszacowanie i zestawienie ze sobą ilości oraz wartości materiałów oraz usług transportowych niezbędnych do usunięcia wad w pracach wykonywanych przez pozwanego. Kwota 21.600,00 zł odpowiadała niemożliwym do oszacowania w inny sposób kosztom netto robocizny, materiałów i sprzętu koniecznych do usunięcia wad w części zawinionej wyłącznie lub głównie przez pozwanego.

W tej sprawie została wypłacona stronie powodowej kara umowna w kwocie wysokości: 16.798,50 zł od Banku Spółdzielczego w Z.. Sąd uwzględnił roszczenie w kwocie 7.186,50 zł, czyli strona powodowa łącznie uzyskała kwotę 23.985,00 zł czyli przewyższającą kwotę 21.600,00 zł wyliczoną przez biegłego. Kara umowna w wysokości 23.985,00 zł należała się powodom bez względu na wysokość szkody.

W świetle poczynionych przez Sąd ustaleń, w tym w świetle opinii biegłego materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że wartość szkody wyrządzonej przez pozwanego nienależytym wykonaniem swoich obowiązków umownych przekraczała wartość wyliczoną przez biegłego na kwotę 21.600,00 zł. Skoro powodowie domagali się w toku procesu zasądzenia o pozwanego niepokrytej dotychczas (wypłatą Banku Spółdzielczego w Z. w kwocie 16.798,50 zł) kwoty kary umownej, to jest kwoty 7.186,50 zł (23.985,00 zł - 16.798,50 zł = 7.186,50 zł) oraz kwoty 63.649,88 zł netto wynikającej z pomniejszenia poniesionych przez powodów kosztów prac naprawczych o kwotę kary umownej (87.634,88 zł - 23.985,00 zł + 63.649,88 zł), to z uwagi na poczynione przez Sąd ustalenia zasadne w świetle wymienionych przepisów o karze umownej było żądanie pozwu wyłącznie w zakresie kwoty 7.186,50 zł. Szkada wyrządzona przez pozwanego powodom w rezultacie nienależytego wykonania umowy (określona na kwotę 21.600,00 zł) nie przekraczała bowiem kwoty wymienionej kary umownej.

Mając to na uwadze Sąd orzekł jak w punkcie I wyroku na mocy powołanych wyżej przepisów i postanowień umownych odnoszących się do kar umownych, oddalając powództwo w punkcie II wyroku w pozostałym zakresie w oparciu o przepisy art. 471 k.c. stosowane a contrario. O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. – zgodnie z żądaniem pozwu.

Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w dyspozycji art. 98 k.p.c. w zw. art. 99 k.p.c. oraz na podstawie art. 100 k.p.c. i 108 § 1 k.p.c., Sąd, uwzględniając fakt, że na rzecz powodów zostało zasądzone 10 % żądanej kwoty, a w pozostałym zakresie jego powództwo zostało oddalone, w punkcie III wyroku zasądził solidarnie od powodów na rzecz pozwanego kwotę 7.560,19 zł. Sąd ustalił, że w toku postępowania powodowie ponieśli łącznie koszty w wysokości 7.159,00 zł (3.542,00 zł tytułem opłaty sądowej od pozwu, 3.600,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika będącego radcą prawnym, ustalonych w oparciu o § 2 ust. 1 i § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz. U. Nr 163, poz.1349 ze zm., a ponadto 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa), zaś pozwany 9.195,66 zł (3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika będącego radcą prawnym, ustalonych w oparciu o § 2 ust. 1 i § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz. U. Nr 163, poz.1349 ze zm., 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a ponadto 5.578,66 zł z tytułu zaliczki wykorzystanej na poczet wynagrodzenia biegłego). W rezultacie skoro strony łącznie poniosły w toku postępowania koszty w wysokości 16.354,66 zł (7.159,00 zł + 9.195,66 zł), to z uwagi na wynik procesu kwota stanowiąca 10 % tej sumy, czyli kwota 1.635,47 zł obciążała pozwanego, zaś pozostała kwota (90 % ogólnej kwoty poniesionych przez strony kosztów), to jest kwota 14.719,19 zł obciążała powodów. Solidarnie od powodów na rzecz pozwanego należało więc zasądzić kwotę równą różnicy pomiędzy kwotą, jaką należało powodów obciążyć, a kwotą poniesionych przez nich kosztów, co daje kwotę 7.560,19 zł (14.719,19 zł – 7.159,00 zł = 7.560,19 zł).

Sąd na podstawie art. 84 ust. 2 w zw. z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - Dz.U. nr 167, poz. 1398 z późn. zm.) nakazał w punktach IV i V wyroku zwrócić ze Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego w Gdyni odpowiednio na rzecz powodów i pozwanego kwoty 4.600,00 zł oraz 1.921,34 zł z tytułu nadpłaconych kosztów sądowych.

Apelacje od przedmiotowego orzeczenia Sądu I instancji złożyły obydwie strony procesu.

Powodowe konsorcjum zaskarżyło wyrok w zakresie pkt. II i III.

Orzeczeniu Sądu Rejonowego zarzucił:

1) naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy tj.

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. – poprzez ustalenie stanu faktycznego w oparciu o nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym twierdzenia zawarte w opinii biegłego, z jednoczesnym pominięciem wniosków wynikających z pozostałej części materiału dowodowego, w tym dowodów z dokumentów i zeznań świadków,

- art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. – poprzez oparcie się przy rozstrzygnięciu na opinii biegłego, który nie posiadał wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. tj. nie posiadał wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa w specjalności drogowej i z zakresu kosztorysowania robót drogowych i materiałów budowlanych przeznaczonych do takich robót (co sam biegły przyznał składając ustne wyjaśnienia do opinii,)

- art. 286 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. – poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, pomimo nielogicznych i sprzecznych z doświadczeniem życiowym wniosków zawartych w opinii biegłego R. G. (2), a także pomimo sprzeczności ustaleń biegłego z materiałem dowodowym zebrany w sprawie (w tym dowodami z dokumentów i zeznań świadków, a także opinia biegłego G. S. (2))

2) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 361 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 363 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i uznanie, że szkoda powodów wynika z nienależytego wykonania umowy podwykonawczej jest niższa niż kwota, która powodowie faktycznie ponieśli, jako poszkodowani.

Z uwagi na powyższe zarzuty, powód wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie pkt II poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwoty 63.649,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty,
- zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie pkt II poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kosztów procesu za I instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,
- zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów procesu za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto na podstawie art. 380 k.p.c. powodowie wnieśli o ponowne rozpoznanie postanowienia Sądu I instancji z dnia 4 maja 2017 r. w przedmiocie odmowy dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego oraz przeprowadzenie tego dowodu przez Sąd II instancji.

Pozwany nie złożył odpowiedzi na apelację, zaskarżył natomiast wyrok w pkt I, III, IV i V.

Orzeczeniu Sądu I instancji zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przyjęciu przez Sąd I instancji, iż doszło do skutecznego odstąpienia od umowy w oparciu o klauzulę 28 c, co implikowało naliczenie kar umownych w świetle klauzuli 27 d umowy, podczas gdy złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozostawało bezskuteczne w świetle art. 58 k.c. w zw. z art. 395 § 1 k.c., a tym samym nie dawało podstaw do naliczenia kar umownych zasadzonych w części w pkt I zaskarżonego wyroku<
- naruszenie przepisu art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 395 § 1 k. c. oraz w związku z klauzula 28c umowy poprzez przyjęcie, że doszło do skutecznego odstąpienia od umowy, nieważnego w świetle przywołanych powyżej przepisów art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 395 § 1 k. c. ,
- naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie lakonicznego uzasadnienia wyroku, w którym w szczególności brak wyjaśnienia, na jakiej podstawie Sąd I instancji uznał skuteczność oświadczenia z dnia 11 lipca 2017 r. o odstąpieniu od umowy, które warunkowało naliczanie kar umownych zasadzonych przez Sąd Rejonowy częściowo w pkt. I zaskarżonego wyroku,
- naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i zastąpienie jej dowolnością w zakresie uznania, że w robotach budowlanych wykonanych przez pozwanego na podstawie umowy doszło do wystąpienia wad powstałych z winy pozwanego pomimo nieudowodnienia tej okoliczności

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od powodów kosztów procesu z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację pozwanego powodowie wnieśli o jej odrzucenie w zakresie zaskarżenia pkt III, IV i V z uwagi na brak pokrzywdzenia pozwanego wyrokiem w tej części oraz o jej oddalenie w pozostałym zakresie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Żadna z apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji strony powodowej wskazać należy, że zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego przywołane przez skarżących nie znajdują uzasadnienia.

Powodowie wskazywali, że ustalając stan faktyczny sprawy Sąd I instancji oparł się na nielogicznych i sprzecznych z doświadczeniem życiowym twierdzeniach zawartych w opinii biegłego sądowego, jednocześnie pomijając wnioski wynikające z pozostałej części materiału dowodowego (art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c.) Poglądu powyższego Sąd Okręgowy nie aprobuje. Po pierwsze powód nie wskazał żadnych konkretnych dowodów znajdujących się w aktach sprawy, które pozostawałyby rzekomo w sprzeczności z wnioskami opinii – co czyni niemożliwym kontrolę ewentualnych naruszeń Sądu I instancji w tym zakresie, po wtóre zaś materiał dowodowy zebrany w sprawie pozwalał, co prawda na ustalenie, że pozwany prace wykonywał przynajmniej częściowo wadliwie, nie pozwalał jednak na określenie rozmiaru ilościowego tychże wad. Powyższych ustaleń z całą pewnością nie sposób dokonać ani w oparciu o zeznania przesłuchanych świadków (których relacja w tej kwestii jest ogólnikowa) ani też w oparciu o przedłożone dokumenty. Znajdujący się w aktach sprawy protokół odbiorowy miał charakter jakościowy - wskazywał na istnienie wad, ale nie przedstawiał ich obmiaru, co więcej z jego treści wynikało, że nie dotyczy on tylko prac wykonywanych przez pozwanego (skoro zawierał także uwagi dotyczące kostki surowołupanej „czarnej” a więc takiej, której pozwany nie układał.) Stosownych obmiarów nie zawierała także dokumentacja związana z usuwaniem usterek. Próżno doszukać się ilościowego zakresu prac i ilości niezbędnych materiałów w umowie, jaką powodowe konsorcjum zawarło z firmą (...). (...) takiej nie zawiera także protokół końcowy zaawansowania powyższych robót, a zestawienie wykonane z datą 31 styczeń 2014r. uwzględniało szerszy zakres robocizny niż ten objęty protokołem. Podkreślenia przy tym wymaga, że na dzień sporządzania fotografii i powiązania lokalizacji, niemożliwym było wskazanie, jakie konkretnie wady miały poszczególne płyty podlegające wymianie, ani też jak wyglądało ułożenie płytki brukowej (vide opinia biegłego C.), co stanowiło także niemożliwym przypisanie ich sprawstwa właśnie i wyłącznie pozwanemu. Siłą rzeczy kwestionowana opinia biegłego opierała się na pewnych założeniach, a przyjęta zasada rozliczenia prac naprawczych przy zastosowaniu metody czasowej wydawała się adekwatna w związku z brakiem możliwości ustalenia rzeczywistego ich rozmiaru. Wbrew twierdzeniom apelującego biegły logicznie wyjaśnił, przy tym, zastosowaną przy dokonaniu obliczeń stawkę za roboczogodzinę z uwzględnieniem kosztów sprzętu, dowozu pracowników ich wynagrodzenia na kwotę 45 zł. Stawka ta zgodna była ze stawką wskazywaną w umowie o wykonanie prac naprawczych. Biegły wyjaśnił także, z jakich przyczyn nie doliczył kosztów zużytych przy pracach materiałów. Po pierwsze wskazał, że ich ilość nie została podana w umowie, po wtóre zaś podał, że brak jest jakiegokolwiek dokumentacji nawet pośrednio potwierdzającej ilości materiałów zużytych wyłącznie do prac poprawkowych. Warto, przy tym podkreślić, że złożone do akt sprawy faktury dotyczące zakupów wystawione zostały na kwoty znacznie wyższe niż wskazywana przez powoda wartość prac wykonanych przez N., częściowo również wystawiono je przed datą zawarcia umowy, a przyporządkowanie konkretnych zakupów konkretnym pracom poprawkowym przy braku wiedzy o ilościowym zakresie tych prac nie jest możliwe. Sąd Okręgowy nie dopatrywał się także braku spójności i logicznego rozumowania we wnioskach biegłego dotyczących ilości godzin wykonanych w ramach prac poprawkowych. Zaoferowane dowody, jak słusznie podkreślił to biegły, nie pozwalały na ustalenie rzeczywistego ich rozmiaru. Raporty dzienne, o których mowa w umowie z N. zostały, co prawda przedstawione i istotnie wskazywały na przepracowanie 1.148 godzin, początkowo przez 8 pracowników po 10 godzin dziennie (od 9 do 20 lipca 2013r.) a następnie w liczbie zmniejszonej do 3 pracowników pracujących w wymiarze 8 godzin (ostatniego dnia 4). Dokumenty te trudno jednak uznać za miarodajne dla ustalenia czasu pracy – skoro nieznany jest zakres prac niezbędnych do wykonania. Podawany w raportach czas to czas deklarowany – jego weryfikacja bez znajomości zakresu ilościowego wykonanych robót jest niewykonalna. Wskazać należy, że szacunkowe wynagrodzenie umowne wynosiło 36.000 zł netto i zakładało liczbę 800 godzin przy stawce 45 zł/h. Aneks do umowy przedłużał prace do 13 sierpnia 2013r., ale liczby godzin nie zwiększał, nie podawał także przyczyn przesunięcia terminu wykonania umowy. Sam powód, przed zawarciem umowy o wykonanie prac poprawkowych zakładał, że usunięcie wad i usterek możliwe będzie w terminie 10 dni kalendarzowych, co wynikało z wyznaczonego pozwanemu w protokole odbioru robót brukarskich terminu ich wykonania. Różne terminy niezbędne dla napraw wskazywali także przesłuchiwani w sprawie świadkowie, a bezpośrednio wykonujący te prace Z. M. podał, że potrzeba było 5 pracowników przez okres trzech tygodni (15 dni roboczych). Biegły założył, że prace wykonywała 5 osobowa brygada po 8 godzin dziennie w okresie od 9 lipca do 20 lipca tj. przez okres 12 dni 2013

r. i nie sposób przypisać tym założeniom jakichkolwiek błędów w rozumowaniu. Ponownie podkreślić należy, że założenia biegłego miały charakter czysto hipotetyczny. Ustalenie rzeczywistej wysokości kosztów wykonania prac naprawczych nie było możliwe. Co do zasady, bowiem, powód nie był w stanie wykazać zaoferowanym materiałem dowodowym rozmiaru występowania wszystkich wad i usterek, takich wad i usterek, za które odpowiada pozwany, zakresu wykonanych napraw i zakresu tych prac poprawkowych, które były konieczne z uwagi na nienależyte wykonanie robót przez pozwanego. Powyższej oceny nie zmienia treść opinii biegłego G. S. (2). Jej wnioski w kwestii najistotniejszej są identyczne - dla wyliczenia kosztów naprawy niezbędne byłoby posiadanie przedmiaru robót naprawczych z wyszczególnieniem ich asortymentu, czyli szczegółowej inwentaryzacji miejsc uszkodzonych z odpowiednimi wyliczeniami, której brak w aktach sprawy. Biegły S. istotnie w swoich obliczeniach wskazuje inną kwotę wynagrodzenia za przeprowadzone naprawy, ale również jest to kwota hipotetyczna, przyjęta po dokonaniu pewnych założeń. Biegły zakładał - na podstawie dokumentacji fotograficznej - że 150 płyt granitowych zostało uszkodzonych (w tym połowa do wymiany) oraz że występuje 9 obszarów wymiany kostki brukowej, z tym, iż przyjmował również, że powyższe uszkodzenia oraz nieprawidłowości w ułożeniu kostki to wynik wad wykonawstwa. Zdaniem Sądu Odwoławczego, w oparciu o samą dokumentację fotograficzną wniosku takiego nie sposób postawić. Z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków (przykładowo P. G., P. Ś., Z. U., M. P., T. L., D. K., D. Z., P. T., M. M. (2)) wynikało, bowiem, że po nawierzchniach budowanych przez pozwanego poruszał się sprzęt budowlany, ciężarówki, ciągnik, czy walec drogowy należące do innych podmiotów pracujących na budowie a niektóre dostarczone przez (...) S.A. płyty granitowe były uszkodzone, ze skazami, kostka kamienna nie była pierwszej jakości. Biorąc powyższe pod uwagę, zważywszy dodatkowo, (co podali obydwaj biegli) na nieścisłości w specyfikacjach i brak spójności między specyfikacją drogową i torową – nie sposób założyć a priori, że wszystkie wady ujęte w korespondencji powoda do pozwanego a następnie w protokole odbioru oraz uwidocznione na fotografiach powstały wyłącznie na skutek nienależytego wykonania umowy przez pozwanego.

W tym stanie rzeczy, przy ograniczonym materiale dowodowym, w szczególności zaś w braku stosownych obmiarów, opinia biegłego sądowego nie budziła wątpliwości Sądu Odwoławczego.

Prawidłowo, także, w świetle powyższych ustaleń Sąd I instancji uznał, iż powoływanie dowodu z opinii innego biegłego sądowego jest niecelowe i wniosek dowodowy w tym zakresie oddalił. Zarzut naruszenia przepisów art. 286 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. jest, zatem, nieuzasadniony. Z tych względów na uwzględnienie nie zasługiwał także wniosek powodów o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym. Wniosek powyższy Sąd Okręgowy na mocy art. 380 kpc a contrario oddalił.

Nie ma także racji apelujący wskazując, że Sąd Rejonowy oparł się przy rozstrzygnięciu na opinii biegłego, który nie posiadał wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. Biegły posiadał wiadomości specjalne z zakresu budownictwa i taka wiedza była wystarczająca do sporządzenia przedmiotowej opinii. W sprawie z uwagi na brak wykonania stosownych obmiarów nie było, bowiem, możliwości wykonania kosztorysu wykonanych poprawkowo robót drogowych.

Sąd II instancji nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutów powoda dotyczących naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 361 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 363 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie.

Jak wskazano to już w uzasadnieniu, analiza materiału dowodowego zebranego w sprawie pozwalała na ustalenie, że powód przynajmniej częściowo wykonywał umowę wadliwie. Wykonane przez niego prace brukowe wykazywały nieprawidłowości w postaci: przesunięcia wąskich styków, różnic wysokości między krawędziami sąsiednich płyt, uszkodzeń krawędzi płyt, uskoków krawędzi i powierzchni tworzonej przez elementy o małych wymiarach, śladów nacięć, nadmiernej różnicy wymiarów, braku rozwiązania maskującego różnice w przypadku elementów o równoległych lub prostoliniowych krawędziach, braków wypełnienia styków i nierówności powierzchni. Żaden, przy tym dowód, zaoferowany przez powoda i przeprowadzony w przedmiotowym procesie nie pozwalał na ustalenie, w jakim rozmiarze wady te występowały ani też na jednoznaczne określenie, które z spośród wskazanych nieprawidłowości tkwiły wyłącznie w wykonawstwie pozwanego. Brak sporządzenia obmiaru prac wymagających

poprawek wykluczał ustalenie rzeczywistej wartości kosztów naprawy i tym samym czynił niemożliwym ustalenie wysokości szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy.

W tym zakresie Sąd Okręgowy uznał, zatem, za Sądem I instancji, że zasadnym jest przyjęcie za miarodajne kwoty wskazanej przez biegłego, jako wysokości odpowiadającej niemożliwym do oszacowania w inny sposób kosztom netto robocizny, materiałów i sprzętu koniecznych do usunięcia wad w części zawinionej wyłącznie lub głównie przez pozwanego. Brak jej uznania za adekwatną czyniłby koniecznym ustalenie roszczeń odszkodowawczych za nieudowodnione. Powyższe z uwagi na niewątpliwy fakt wystąpienia nieprawidłowości wykonania nie mogło zyskać aprobaty Sądu Odwoławczego.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że apelacja powoda, jako nieuzasadniona podlega oddaleniu w oparciu o przepis art. 385 kpc.

Za nieuzasadnione Sąd II instancji uznał także, co do zasady, zarzuty apelacji pozwanego.

Rację należy przyznać skarżącemu, że uzasadnienie Sądu Rejonowego w zakresie podstawy uznania przez tenże Sąd za skuteczne oświadczenia z dnia 11 lipca 2017 r. o odstąpieniu od umowy jest lakoniczne. Kontestacja rozstrzygającego sprowadza się bowiem, do wskazania, że postępowanie dowodowe wykazało, iż prace budowlane zostały wykonane przez pozwanego z wadami, że powodowie wzywali pozwanego do usunięcia tych wad, a także, że pozwany nie przystąpił do usunięcia tych wad we wskazanych przez powodów terminach (pismo z dnia 2 lipca 2013 r. - k.164, pismo z dnia 5 lipca 2013 r. - k.170). W konsekwencji powodowie byli uprawnieni w myśl klauzuli 27 d i klauzuli 28 c łączącej strony umowy do odstąpienia od umowy z powodu nie realizowania przez pozwanego prac naprawczych, a tym samym do obciążenia pozwanego karami umownymi w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto.

Sąd Rejonowy, co do zasady istotnie, zatem, nie badał skuteczności złożonego oświadczenia pod kątem obowiązujących przepisów prawa, co jednak - w ocenie Sądu Okręgowego - nie miało wpływu na wynik sprawy. Wnioski w kwestii dotyczącej uznania, że powodowie mogli od umowy odstąpić zasługują, bowiem, na aprobatę. Istotnie zapisy umowy stron dotyczące prawa odstąpienia od niej nie zostały obwarowane oznaczeniem terminu, w czasie którego, będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy. Powyższe uznać należy za sprzeczne z bezzwzględnie obowiązującym przepisem art. 395 § 1 k.c. Powołana norma wprowadza, na wypadek ustalenia umownego prawa do odstąpienia od umowy, wymagania obwarowane sankcją nieważności (art. 58 § 1 k.c.), do których to wymagań należy m.in. obowiązek oznaczenia terminu, w czasie którego, będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia. Skoro strony, w zawartej przez siebie umowie, nie oznaczyły terminu, do którego można skorzystać z umownego prawa odstąpienia, to zastrzeżenie to jest nieważne. Zasadność zarzutu pozwanego naruszenia art. 395 § 1 k.c. w ustalonym stanie faktycznym nie może być jednak automatycznie utożsamiana z niemożliwością odstąpienia przez powodów od umowy i bezzasadnością roszczenia o zapłatę kar umownych. W świetle postanowień umowy zawartej przez strony nie ulega wątpliwości, że zawarły one umowę o roboty budowlane. Odstąpienie od umowy o roboty budowlane przez inwestora (czy w tym przypadku generalnego wykonawcę) możliwe jest w następujących sytuacjach, określonych przepisami regulującymi umowę o dzieło, które znajdują zastosowanie do umowy o roboty budowlane z mocy art. 656 § 1 k.c. : art. 635 k.c. gdy wykonawca opóźnia się z pracami, art. 636 k.c. gdy wykonawca wykonuje obiekt wadliwie, art. 637 § 2 k.c. gdy obiekt ma wady, art. 644 k.c. gdy nie nastąpiło ukończenie obiektu budowlanego. Ustalenia stanu faktycznego pozwalają na uznanie, że pozwany wykonywał swoje prace wadliwie a wezwany do usunięcia wad w wyznaczonym terminie- prac naprawczych nie podjął. Powodom przysługiwało, zatem, wedle ich wyboru: bądź prawo do odstąpienia od umowy bądź też powierzenie poprawienia prac innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Analiza materiału dowodowego pozwala, przy tym na ustalenie, że powód najpierw powierzył prace naprawcze Z. M. (umowa z 9 lipca 2013r.) następnie zaś w dacie 11 lipca 2013r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Powyższe nie oznacza jednak, że powodowie dokonali wyboru w rozumieniu art. 636 kc. Żaden dokument znajdujący się w aktach sprawy nie pozwala, bowiem na przyjęcie, że ich wolą było zlecenie prac poprawkowych na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zlecenie. Powodowie zlecieli wykonanie naprawy, aby uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z realizacją umowy z Miastem K.. Zaniechanie wykonania przez pozwanego usunięcia wad w pracach podwykonawczych narażało powodów

na niedotrzymanie terminu zakończenia kontraktu. Tezę o braku woli powodów do zlecenia prac poprawkowych w ramach realizacji art. 636 kc (na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zlecenie) potwierdza po pierwsze złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, po drugie zaś samo sformułowanie żądań pozwu: powodowie obok kary umownej za odstąpienie od umowy domagają się, bowiem, należności za nienależyte wykonanie umowy a nie zwrotu kosztów prac poprawkowych.

Prawidłowo, zatem Sąd Rejonowy ustalił, że doszło w realiach rozpoznawanej sprawy do skutecznego odstąpienia od umowy i że implikowało to możliwość naliczenia kar umownych zgodnie z treścią łączącej strony umowy

Wskazać, przy tym, ponownie należy, iż okoliczność, że w robotach budowlanych wykonanych przez pozwanego na podstawie umowy doszło do wystąpienia wad i że ich część (co prawda bliżej nie określona) powstała z winy pozwanego została w sprawie należycie wykazana. Nie powielając argumentacji wskazanej już w uzasadnieniu podkreślić jedynie wymaga, że powyższe wynika zarówno z zeznań słuchanych w sprawie świadków, złożonych dokumentów(w tym także dokumentacji fotograficznej) jak i sporządzonych przez biegłego G. opinii. Trudno, przy tym, rozumując logicznie uznać, że powodowie zlecaliby wykonywanie prac poprawkowych, gdyby wykonanie robót drogowych przez pozwanego było należyte. Marginalnie warto także podać, że w świetle treści przepisów art. 483 i 484 k.c. powodowie nie byli obowiązani wykazywać wysokości szkody, lecz jedynie fakt nienależytego wykonania zobowiązania. Zarzut naruszenia art. 233 k.pc. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i zastąpienie jej dowolnością w zakresie uznania, że w robotach budowlanych wykonanych przez pozwanego na podstawie umowy doszło do wystąpienia wad powstałych z winy pozwanego pomimo nieudowodnienia tej okoliczności nie zasługuje, zatem na uwzględnienie.

W konkluzji Sąd Okręgowy uznał, że apelacja pozwanego jest nieuzasadniona i oddalił ją na mocy art. 385 kpc.

Sąd II instancji nie podzielił, przy tym, stanowiska powodów, że apelacja ta w zakresie zaskarżenia pkt. III, IV i V z uwagi na brak pokrzywdzenia pozwanego wyrokiem w tej części podlega odrzuceniu. Wskazywane rozstrzygnięcie dotyczy, bowiem, szeroko rozumianych kosztów procesu, które w przypadku wydania wyroku korzystnego dla strony pozwanej kształtowałyby się w sposób odmienny niż w zaskarżonym orzeczeniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Okręgowy orzekł stosownie do wyniku sporu w oparciu o przepisy art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Obie strony przegrały swoje apelacje, a zatem obciążają je opłaty za ich wniesienie w wysokości już poniesionej. Odpowiedź na apelację złożyła jedynie strona powodowa, przysługuje jej, zatem zwrot kosztów zastępstwa procesowego reprezentującego ją pełnomocnika w wysokości ustalonej zgodnie z § 2 pkt 4 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800 ze zm.).