

Sygn. akt VI GC 34/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 listopada 2017 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Marta Zalewska

Protokolant: sekretarz Agnieszka Kozłowska

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2017 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) SA z/s w W.

przeciwko: Powiat (...) - Zarząd Dróg Powiatowych w R.

o zapłatę

I. oddala powództwo

II. zasądza od powoda (...) SA z/s w W. na rzecz pozwanego Powiat (...) - Zarząd Dróg Powiatowych w R. kwotę 7.217zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu

III. zarządza zwrot powodowi od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 532,35zł (pięćset trzydzieści dwa złote, trzydzieści pięć groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki

IV. zarządza zwrot pozwanemu od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 700zł (siedemset złotych) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki.

Sygn. akt VI GC 34/16

Uzasadnienie wyroku z dnia 9 listopada 2017 r.

Powód (...) SA z siedzibą w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego Powiatu (...) – Zarządu Dróg Powiatowych w R. kwoty 800 000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 5 lutego 2013 r. do dnia zapłaty i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

W uzasadnieniu podał, że w niniejszym postępowaniu dochodzi od pozwanego zwrotu kwoty 800 000 zł , której wypłaty pozwany zażądał niezgodnie z warunkami zawartego przez strony porozumienia z dnia 13 września 2010 r. Wskazał, że zawarł w dniu 10 maja 2010 r. z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad umowę o realizację inwestycji pn. Budowa autostrady A4 – na odcinku od węzła D. P. do Węzła R. km 537+550 do około 570+300 i w celu wykonania tej umowy musiał korzystać z dróg powiatowych w sposób polegający na prowadzeniu nimi ruchu pojazdów związanych z realizacją w/w inwestycji. Porozumienie zawarte z pozwanym dnia 13 września 2010 r. dotyczyło korzystania z części drogi powiatowej nr (...) B. – M. w km 0+000 do 6+ 700, co stanowi długość 6,700 km. Powód zobowiązał się w tym porozumieniu względem pozwanego (jako Zarządcy Drogi) do naprawy szkód spowodowanych podczas korzystania z niej przy budowie Autostrady (...). Zgodnie z wymogiem §2 ust 7 porozumienia powód wniósł na zabezpieczenie realizacji postanowień porozumienia gwarancję ubezpieczeniową nr GKo/ (...) udzieloną przez (...)

SA w dniu 29 września 2010 r. Bezpośrednią przyczyną zawarcia przedmiotowego porozumienia przez strony był zamiar uregulowania sposobu naprawy zniszczeń drogi powiatowej powstałych w przyszłości na skutek planowanego zlokalizowania Wytwórni (...) w rejonie drogi powiatowej nr (...). Już po zawarciu porozumienia z pozwanym, w toku przygotowań do realizacji inwestycji powód podjął decyzję o usytuowaniu tzw. otaczarni w innej miejscowości tj. w R.. Wobec powyższego plan dojazdu do budowy autostrady z G., który był założeniem zawarcia porozumienia z dnia 13.09.2010 r. stał się nieaktualny, a więc odpadła przyczyna zawarcia porozumienia i udzielenia zabezpieczenia jego realizacji przez powoda. Powód wskazał, że jedynie w nieznacznym zakresie, prowadząc niewielkie transporty - korzystał z drogi nr (...) od miejscowości M. na odcinku 2 km. W związku z tym, że główny transport kruszywa na teren autostrady od miejscowości G. nie był prowadzony, to stan dróg, których dotyczyło porozumienie, w żaden sposób nie został przez niego pogorszony. Mimo braku jakichkolwiek szkód na drodze (...) pozwany Powiat (...) pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. wezwał powoda do wykonania prac remontowych części drogi powiatowej nr (...) B. – M. w km od 0+000 do 6+ 700. Wezwanie to było bezzasadne, gdyż powód z przedmiotowej drogi w zasadniczy sposób nie korzystał, ponadto zakres robót, do którego został wezwany w w/w piśmie z 3.01.2013 r. w żadnym stopniu nie odnosił się do zakresu szkód, bowiem nie wynikał z początkowego stanu drogi i jej stanu końcowego, po zakończeniu realizacji inwestycji. Zdaniem powoda, celem pisma pozwanego z dnia 3 stycznia 2013 r. nigdy nie było realne doprowadzenie do przeprowadzenia remontu drogi, lecz jedynie chęć uzyskania nienależnej korzyści z gwarancji ubezpieczeniowej doręczonej mu przez powoda. Świadczy o tym wyznaczony w wezwaniu termin 14 - dniowy na wykonanie remontu, który w oczywisty sposób nie był możliwy do dotrzymania, ze względu na okres zimowy. Ponadto wykonanie wskazanego w wezwaniu zakresu robót musiałyby być poprzedzone opracowaniem projektu remontu wraz z uzyskaniem pozwoleń, uzgodnień, opinii i dokonaniem zgłoszenia w organie administracji architektoniczno – budowlanej. Powód wskazał, że treść porozumienia była jednostronnie zredagowana przez pozwanego i przedstawiona powodowi do podpisu z tym zastrzeżeniem, że nie podlega żadnym zmianom i modyfikacjom. Powód zarzucił sprzeczność działania pozwanego z warunkami porozumienia. Ustanowiona gwarancja stanowiła zabezpieczenie realizacji porozumienia, a zatem wykonania remontu drogi powiatowej nr (...). Pozwany występując do powoda z pismem z dnia 3.01.2013 r. a następnie występując do gwaranta z żądaniem wypłaty kwoty 800 000 zł działał w sposób bezprawny, nie mający umocowania w porozumieniu. Pozwany był uprawniony do żądania od powoda wykonania tylko takiego remontu drogi, który wynikałby z zakresu faktycznych zniszczeń. Pozwany na podstawie zawartego porozumienia nie był uprawniony do wzywania do wykonania robót naprawczych, jeśli nie doszło do powstania szkód. Zakres robót, jakich wykonania zażądał pozwany potwierdza, że działania pozwanego nie były ukierunkowane na naprawę zniszczeń, bo takich nie było, lecz na uzyskanie bezpodstawnej wypłaty zabezpieczenia od gwaranta.

Powód podniósł, że interpretacja porozumienia zgodnie ze stanowiskiem pozwanego wzywającym powoda do wykonania remontu drogi (...) w zakresie wynikającym z pisma z dn. 3.01.2013 r. mimo braku uszkodzenia drogi przez powoda jest dotknięte bezwzględłą nieważnością. Prowadzi bowiem do naruszenia konstytucyjnej zasady praworządności z art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Stanowi także naruszenie granic swobody umów z art. 353¹ kc. Żądanie pozwanego, jako zarządcy drogi, remontu drogi wykracza poza granice prawa. Pozwany Powiat (...) – Zarząd Dróg Powiatowych w R. jest organem władzy publicznej, a remont zarządzanej przez niego drogi publicznej nr (...) należy do jego publicznych zadań własnych, realizowanych w zakresie imperium. Żądanie od powoda remontu niezniszczonej drogi, a następnie wypłata z Gwarancji ubezpieczeniowej kwoty 800 000 zł prowadzi do niedopuszczalnej sytuacji, w której organ władzy publicznej ustawowo odpowiedzialny za zarządzanie drogą powiatową, przerzuca swoje obowiązki ustawowe i ich koszty na podmiot prywatny. Jest to działanie bez podstawy prawnej i poza granicami prawa. Porozumienie wg interpretacji pozwanego sprzeciwiałoby się naturze stosunku zobowiązaniowego, tj. odpowiedzialności za szkodę, gdyby odrywało kwotę zabezpieczenia od szkody, której pokryciu miało służyć, a której w sprawie w ogóle brak, ponadto narusza równowagę stron umowy poprzez rażącą dysproporcję świadczeń: remont drogi przy braku korzystania z niej (brak ekwiwalentności świadczeń). Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony umowa jako naganna moralnie jest także sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Powód skonkludował, że w świetle okoliczności, w jakich zostało zawarte porozumienie, nie może być wątpliwości, że jego celem miało być ustalenie sposobu korzystania z drogi powiatowej i usunięcia wynikających z tego korzystania szkód w drodze powiatowej, nie zaś wykonanie darmowego remontu drogi powiatowej, z której powód nie korzystał. Jedynie w ten sposób należy

wykładać oświadczenia woli stron porozumienia, bo uwzględniła to okoliczności, w których zostało złożone zgodny zamiar stron i cel umowy (art. 65 kc. Jako podstawę prawną wskazała odpowiedzialność odszkodowawczą kontraktową pozwanego, który pobrał kwotę z gwarancji w sposób niezgodny z treścią porozumienia, co spowodowało szkodę po stronie powoda, bowiem ubezpieczyciel pobrał w następstwie z rachunku powoda kwotę, jaką wcześniej wypłacił pozwanemu, czyli powód poniósł szkodę. W przypadku uznania nieważności porozumienia działanie pozwanego nosi cechy deliktu z art. 417 kc, gdy deliktem było bezprawne pobranie kwoty z gwarancji, a szkodą pobranie jej z rachunku powoda przez ubezpieczyciela, ponadto uzasadniało roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, skoro pozwany uzyskał kwotę bez podstawy prawnej kosztem powoda. Szczegółowe uzasadnienie prawne podstawy powództwa powód zawarł w załączniku do protokołu rozprawy (k. 664 – 673).

W odpowiedzi na pozew (k. 138-145) pozwany Powiat (...) – Zarząd Dróg Powiatowych w R. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

Wskazał, że porozumienie zawarte pomiędzy powodem, a pozwanym ustanowiło nowy stosunek zobowiązaniowy. Nie stanowiło ono bowiem kontynuacji realizacji przez powoda zobowiązania w stosunku do Inwestora i takie tłumaczenie jego treści jest sprzeczne z ustawą (w szczególności z zasadą swobody umów) jak i z zasadami współżycia społecznego. Ponadto, przytoczenie przez powoda okoliczności związanych z zawarciem przez niego w ramach przepisów o zamówieniach publicznych, umowy z (...), w świetle oceny realizacji będącego przedmiotem sprawy porozumienia jest zupełnie niezrozumiałe i ma na celu wprowadzenie w błąd. Pozwany podkreślił, że wytyczne zawarte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, na nie mają żadnego znaczenia dla zobowiązania, które przyjął na siebie w ramach należytego wykonania postanowień Porozumienia. Wymagania określone w specyfikacji sporządzonej przez Inwestora stanowiły podstawę do umów zawieranych tylko i wyłącznie pomiędzy (...), a poszczególnymi Wykonawcami. Jednoznacznie dowodzi tego treść punktu 2 dołączonej do pozwu Umowy nr 2811/10/2010 z dnia 10.05.2010 r. zawartej przez pozwanego ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad. Specyfikacja, na którą powołuje się powód w pozwie, w szczególności w zakresie przywrócenia dróg do stanu pierwotnego, jest wiążąca jedynie dla umowy zawartej pomiędzy nim, a Inwestorem i nie ma żadnego znaczenia dla pozwanego. Pozwany podniósł również, że bez znaczenia dla przedmiotowego postępowania jest fakt wykonania przez powoda inwentaryzacji początkowej i końcowej. Konieczność jej przeprowadzenia wynikała z warunków umowy zawartej pomiędzy powodem a Inwestorem, a pozwany o przeprowadzeniu inwentaryzacji nie został nawet zawiadomiony. Pozwany zaprzeczył także twierdzeniom powoda, jakoby ten nie wykonywał przewozu materiałów niezbędnych do budowy autostrady, drogą nr (...). Wskazał też, że w rzeczywistości kwestia ta jest zupełnie nieistotna. W żadnym bowiem punkcie czy paragrafie Porozumienia nie ma zapisu, z którego wynikałoby, że dla zmaterializowania się obowiązku wykonania remontu drogi, konieczne jest powstanie na niej jakichkolwiek uszkodzeń. Stosunek zobowiązaniowy między stronami zbudowany został w ten sposób, że powód w zamian za samą możliwość przejazdu swoimi samochodami przez drogę powiatową, miał podjąć się jej remontu. Ponadto zaprzeczył, aby „przerzucił” na powoda obowiązki nałożone na niego ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych. Strony wspólnie ustaliły, że Porozumienie obejmuje jedynie „remont” w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane m.in. po to, aby powód nie musiał starać się o pozwolenie na jego wykonanie. W świetle bowiem powyższej regulacji, remonty przeprowadzane są na podstawie zgłoszenia ich odpowiedniemu organowi. Nie są prawdziwe również twierdzenia powoda, że treść porozumienia nie była negocjowana, gdyż właśnie podczas negocjacji, strony ustaliły m.in. kwestie remontu. Stanowisko powoda jest niezrozumiałe również w świetle przedłożonego przez niego jako załącznik do pozwu, porozumienia zawartego z Zarządem Dróg Powiatowych w D.. Pozwany zwrócił uwagę, że zakres prac zawarty w tym porozumieniu, w zasadzie w całości pokrywa się z załącznikiem 1 ust. A Porozumienia. Odnośnie podstaw do wypłaty gwarancji ustanowionej dla zabezpieczenia wykonania postanowień porozumienia pozwany wskazał, iż dopełnił wszelkich formalności i (...) S.A. wypłaciło kwotę 800.000 PLN. Wskazał, że powód wzywany do wykonania zobowiązania nigdy nie zakwestionował podstawy i okoliczności związanych z wezwaniem tj. podstawy finansowej i rzeczowej wezwania. Zgodnie z § 2 pkt 1 Porozumienia powód zobowiązał się wykonać wszystkie nałożone na niego obowiązki do dnia 30.10.2012 r. Z uwagi na to, że umowa nie została wykonana, pozwany po wezwaniu do jej wykonania, miał pełne prawo do żądania wypłaty sumy określonej w gwarancji. Podkreślił przy tym,

że Porozumienie nie zostało zrealizowane przez powoda do dnia dzisiejszego, pomimo iż w wezwaniu do wykonania prac remontowych z dnia 3 stycznia 2013 r. zostały w sposób jasny i kategoriyczny określone jego zaniechania. Pozwany wskazał, że nie polegają na prawdziwie twierdzenia powoda odnośnie niekorzystania przez niego z drogi objętej porozumieniem. Na fakt wykonywania przejazdów wskazuje informacja znajdująca się w lipcu 2013 r. na stronie internetowej (...). Ponadto na zdjęciach dołączonych przez powoda do pozwu widać jak samochody powoda wyjeżdżają z miejsca wydobycia kruszyw przeznaczonych do budowy autostrady. Odnośnie zarzutu nieważności bezwzględnej porozumienia z dnia 13.09.2010 r. pozwany stwierdził, że postanowienia porozumienia nie są sprzeczne z ustawą, a co za tym idzie nie zachodzi jego nieważność. Żadna z norm prawnych nie zakazuje takiego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, które na obie strony nakłada prawa i obowiązki (w szczególności w świetle wskazywanej przez powoda ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych), a ponadto wykonanie przez powoda prac remontowych nie było obiektywnie niemożliwe. Pozwany wskazał również, że strony Porozumienia miały pełne prawo do takiego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, który satysfakcjonował obie strony. W niniejszej sprawie, nie można zgodzić się z twierdzeniami powoda jakoby organ administracji publicznej narzucił powodowi wykonanie obowiązku należącego do niego. Z cytowanego przez powoda przepisu ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego nie wynika, aby sprzeczne z jej brzmieniem było zawarcie umowy, na podstawie której w zamian za możliwość przejazdu drogami powiatowymi, strona zobowiązana wykonała remont drogi. Podkreślił, że obowiązek ten w warunkach zawartego Porozumienia zmaterializował się bez konieczności dokonania przez powoda jakichkolwiek uszkodzeń na drodze.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Powód na zlecenie Inwestora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R. realizował na podstawie umowy z dnia 10 maja 2010 r. inwestycję pn. „Budowa autostrady (...) – na odcinku od węzła D. P. do Węzła R. km 537+550 do około 570+300. Wedle zapisu 1.5.12 wykonawca zobowiązał się do poniesienia wszelkich kosztów związanych z naprawą dróg publicznych, które zostały uszkodzone przez transport wykonawcy. Przed uruchomieniem transportu drogą publiczną wykonawca zobowiązał się do wykonania inwentaryzacji przeglądu zerowego z opisem stanu technicznego dróg oraz wykonania dokumentacji zdjęciowej oraz spisania protokołu z administratorem (zarządcą drogi) z ustaleniem sposobu korzystania z drogi z prawem transportu tylko po tych drogach publicznych, których stan został zinwentaryzowany w sposób powyższy i potwierdzony w/w protokołem. W przypadku roszczeń odszkodowawczych za zniszczenie dróg przez transport budowy wykonawca zobowiązał się do ich naprawy na własny koszt. Dane inwentaryzacyjne wykonawca zobowiązał się potwierdzić u zarządcy drogi zgodnie ze stanem faktycznym, a zdjęcia lub filmy z inwentaryzacji miały być skatalogowane tak, by nie budziły wątpliwości co do fazy ich wykonania i obiektu, który dokumentują. Koszty inwentaryzacji oraz utrzymania i naprawy oraz remontu dróg strony określiły szczegółowo w 9.2.6 umowy.

Dowód: umowa z dnia 10.05.2010r nr (...) oraz SIWZ (k. 26- 40)

Ponieważ samorzady skarżyły się na niszczenie dróg samorządowych przy budowie autostrad i braku chęci ich naprawy przez wykonawców, jak również wobec faktu, iż samorzady wymagały od wykonawców modernizacji czy przebudowy dróg, a nie ich remontu doszło przed rozpoczęciem inwestycji do spotkania Ministra Transportu z udziałem Marszałka Województwa, Dyr. Zarządu Dróg Powiatowych M. R. i starosty Powiatu (...) J. J., na którym ustalono, iż wykonawca oraz jednostki samorządowe jako właściciele poszczególnych dróg zasady korzystania i naprawy dróg uregulują w drodze dwustronnych porozumień oraz wykonają inwentaryzacje początkowe i końcowe, bowiem chodziło o naprawę zniszczeń dróg samorządowych spowodowanych przez wykonawcę w czasie budowy autostrady. Zakreślono termin końcowy zawarcia tych porozumień, nie określając jednak ich treści. (zezn. św. A. P. k. 490/2, M. R. k. 492, J. J. k.431, wydruki z onet k. 90-91).

W czasie prowadzenia robót związanych z realizacją tej inwestycji zachodziła konieczność korzystania przez powoda z dróg lokalnych będących w zarządzie Powiatu (...) celem prowadzenia po nich transportu materiałów budowlanych, w tym na odcinku B.- M., z uwagi na dowóz materiałów na teren budowy z otoczarni, którą powód zamierzał w tej okolicy wybudować. Wobec powyższego w dniu **13 września 2010 r.** pomiędzy powodem (...) SA z/s w W. a pozwanym

Powiatem (...) – Zarządem Dróg Powiatowych z/s w R. doszło do zawarcia porozumienia, na mocy którego Powiat wyraził zgodę na korzystanie przez powoda (jako wykonawcy w/w odcinka autostrady) w okresie od 13.09.2010 r. do 09.06.2012 r. z nieruchomości oznaczonych jako działki ewidencyjne nr (...) w miejscowości B. oraz (...) i (...) w miejscowości B., **stanowiących część drogi powiatowej nr (...) B.** - M. w km od 0+000 (skrzyżowanie z drogą powiatową nr (...) w miejscowości M.) do 6+700 (skrzyżowanie z drogą powiatową nr (...) w miejscowości B.) co stanowi długości 6,700 kilometra, przebiegającej przez teren miejscowości B. i B., zwanej dalej w treści porozumienia drogą (§1 ust. 1)

W §1 ust 2 przyjęto, że przez zgodę na czasowe korzystanie Strony rozumieją zgodę na przejazd po Drodze pojazdów, którymi Wykonawca Projektu posługuje się przy realizacji Zadania, transportując materiały i sprzęt potrzebne do realizacji Zadania.

Zgodnie z §1 ust 3 wykonawca obowiązany był uzyskać , po wniesieniu na rzecz Powiatu zabezpieczenia realizacji postanowień Porozumienia, o którym mowa w §2 ust. 7, od Powiatu jako zarządcy drogi powiatowej zezwolenie na przejazd po odcinku Drogi, o którym mowa powyżej w ust. 1 pojazdów o masie całkowitej do 40 ton na okres **do dnia 09.06.2012 r.**

W §2 porozumienia powód zobowiązał się do wykonania po zakończeniu realizacji zadania prac remontowych drogi powiatowej, określonych szczegółowo w załączniku nr 1 ust. A do Porozumienia, w terminie do 30.10.2012 r. (ust. 1) W kolejnych ustępach §2 określono, że wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania powyższego zobowiązania (ust.2) W przypadku niewykonania robót przez powoda zastrzeżono dla strony pozwanej możliwość wykonania prac (dokończenia, usunięcia wad i usterek) samodzielnie, albo zlecenia ich osobie trzeciej, na koszt i ryzyko Wykonawcy, a ponadto uprawnienie do naliczenia kary umownej w wysokości 10 % wartości niewykonanych prac. Z tytułu nieterminowego wykonania prac określonych powyżej w ust. 1 Powiat naliczał będzie kary umowne w wysokości 500,00 zł. za każdy dzień opóźnienia. (ust. 4)

W §2 ust 7 strony ustaliły, że bezwarunkowym zabezpieczeniem realizacji postanowień porozumienia będzie kwota 800.000 zł wniesiona przez powoda w terminie 30 dni od dnia podpisania Porozumienia, na rzecz Powiatu w formie środków pieniężnych wpłaconych na rachunek Powiatu lub gwarancji ubezpieczeniowej albo bankowej, płatnej na pierwsze żądanie. Powiat zobowiązany był zwrócić kwotę wpłaconą tytułem zabezpieczenia w terminie 3 miesięcy od daty określonej powyżej w ust. 1. W przypadku wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej gwarancja wygasła w terminie 3 miesięcy od daty określonej powyżej w ust. 1. (ust. 7) Wykonanie prac, o jakich mowa w ust. 3, miało być finansowane w pierwszej kolejności z kwot zabezpieczenia określonych w ust. 7.(ust. 9)

W §3 porozumienia wykonawca zobowiązał się również do wykonania prac utrzymaniowych, określonych szczegółowo w załączniku nr 1 ust. B do Porozumienia, w okresie określonym w § 1 ust. 1. (§3 ust 1) Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania powyższego zobowiązania Wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność (ust. 2) W przypadku stwierdzenia przez Powiat, iż prace, o których mowa powyżej w ust. 1nie są wykonywane, Powiat wezwie Wykonawcę do realizacji treści Porozumienia wyznaczając stosowny termin, po upływie którego uprawniony będzie do podjęcia stosownych działań przewidzianych przepisami prawa i treścią niniejszego Porozumienia. (ust. 3) Wykonanie prac o jakich mowa powyżej w ust. 3 miało być finansowane w pierwszej kolejności z kwot zabezpieczenia o jakim mowa w § 2 ust. 7.(ust. 6)

W §4 wykonawca zobowiązał się do zwrotu 50% kosztów jakie Powiat wydatkuje na odśnieżanie i zwalczanie śliskości na drodze w okresie obowiązywania porozumienia, chyba, że w okresie w którym będą wykonywane te prace wykonawca nie będzie korzystał z drogi określonej w §1.

Zgodnie z ust. 2 zwrot powyższych kosztów nastąpi na podstawie noty obciążeniowej, do której zostaną załączone standardowe dokumenty jakie służą do rozliczania tego typu usług w Zarządzie Dróg Powiatowych w R..

W §6 ustalono, że w zakresie nieuregulowanym Porozumieniem zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy prawa, a w szczególności przepisy Kodeksu cywilnego. (ust. 1) Ponadto, każdej ze Stron przysługiwało prawo wypowiedzenia Porozumienia za 1- miesięcznym wypowiedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego. Wypowiedzenie winno być złożone Stronom na piśmie pod rygorem nieważności. (ust. 2) **Wypowiedzenie Porozumienia nie zwalniało Wykonawcy od wykonania w terminie wszelkich zobowiązań wynikających z treści Porozumienia.** (ust. 3) Z kolei w ust. 8 wskazano, że **jeżeli poszczególne postanowienia porozumienia okażą się nieważne, nieskuteczne lub niewykonalne, nie naruszy to skuteczności pozostałych postanowień Porozumienia. W miejsce nieważnych, nieskutecznych niewykonalnych postanowień Strony zastosują uregulowania, które pod względem prawnym i ekonomicznym będą najbliższe założeniom porozumienia.**

Zgodnie z załącznikiem nr 1 część A do porozumienia, remont drogi powiatowej do jakiego zobowiązał się powód po zakończeniu realizacji zadania obejmował wykonanie robót w następującym zakresie i technologii:

a) remont jezdni polegający na wykonaniu na istniejącej konstrukcji następujących warstw:

- odbudowa podbudowy w przypadku jej zniszczenia,
- warstwa wyrównawcza z betonu asfaltowego grysowo – żwirowego dla KR1 o grubości 5 cm,

b) renowacja poboczy gruntowych o szerokości 0,75-1,0 m wraz z ich umocnieniem warstwą z kruszywa naturalnego do poziomu warstwy ścieralnej z zachowaniem normatywnych spadków poprzecznych

c) renowacja systemu odwodnienia drogi, w tym:

- dostosowanie nawierzchni zjazdów z materiału analogicznego jak obecnie do poziomu warstwy ścieralnej,
- wymiana wszystkich zniszczonych lub uszkodzonych części przelotowych przepustów pod drogą na odpowiadające klasie nośności A wg Polskiej Normy wraz z wykonaniem nowych betonowych ścianek czołowych. Powyższe roboty miały zostać w całości wykonane na koszt i staraniem Wykonawcy. Roboty wykonane zostaną zgodnie z obowiązującymi Polskimi Normami oraz zasadami wiedzy budowlanej. Nie było negocjacji treści porozumienia, powodowi przedłożono do podpisu o treści zaproponowanej przez Powiat, przy czym prawnik powoda biorący udział w procesie zawarcia porozumienia widział ryzyko obowiązków wykonania prac remontowych spornego odcinka nawet bez jego zniszczenia i faktycznego korzystania z niego, lecz pracownicy techniczni powoda wyjaśniali, iż remont to przywrócenie do stanu pierwotnego, a nie modernizacja.

Dowód: porozumienie z dnia 13.09.2010r. k. 16-19 z załącznikami k. 20-23, zezn. św. J. J. k. 430, M. A. k. 431/2, pismo pozwanego do powoda z dnia 27.07.10r z propozycją porozumienia k. 82-89

Część spornego odcinka drogi została wyremontowana w 2010r.przed zawarciem porozumienia, przed wyborami samorządowymi przez Zarządcę drogi, mając na względzie nośność całego odcinka drogi w związku z porą jesienno - zimową, zwiększającą ryzyko niszczenia nawierzchni z uwagi na niekorzystne zjawiska atmosferyczna oraz zważywszy, iż ilość i masa całkowita pojazdów powoda oraz okres czasu budowy autostrady spowodowałby degradację tego odcinka, zarządca drogi : Zarząd Dróg Powiatowych w R. postawił na spornym odcinku znak ograniczający dopuszczalny ruch na całym spornym odcinku „zakaz wjazdu powyżej 8 ton, za wyjątkiem pojazdów posiadających zezwolenie”. Kategoria tej drogi: KR1 pozwalała na poruszanie się na niej pojazdom do 40 ton, co nie wymagało obowiązku uiszczenia opłaty na mocy decyzji starosty za pojazdy ponadnormatywne. W związku z powyższym i zgodnie z porozumieniem w dniu 30 września 2010 r. pozwany wydał zezwolenie dla (...) SA obejmujące zgodę na korzystanie przez (...) SA z nieruchomości stanowiących część drogi powiatowej nr (...) B. - M. w km od 0+000 (skrzyżowanie z droga powiatową nr (...) w miejscowości M.) do 6+700 (skrzyżowanie z drogą powiatową nr (...) w miejscowości B.), co stanowiło długości 6.700 kilometra, przebiegającej przez teren miejscowości B. i B.. Zgoda na czasowe korzystanie z powyższej drogi obejmowała zgodę na przejazd pojazdów, którymi Wykonawca miał posługiwać

się przy realizacji przedmiotowego zadania, transportując materiały i sprzęt potrzebne do jego realizacji. Zezwolenie na przejazd po odcinku powyższej drogi dotyczyło pojazdów o masie całkowitej do 40 ton na okres do dnia 09.06.2012 r. lub wcześniej w przypadku rozwiązania Porozumienia. W przypadku wcześniejszego rozwiązania porozumienia zezwolenie podlegało zwrotowi. Obowiązywały następujące zasady stosowania zezwolenia:

1. Kierowcy pojazdów poruszających się po w/w drodze powinni posiadać kopię zezwolenia potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” przez uprawnionego pracownika (...) S.A.
2. Pojazdy powinny być oznakowane na zewnątrz logiem „ firmy (...) S.A. w widocznym miejscu.
3. W prawym górnym rogu kopii zezwolenia należało wpisać nr rejestracyjny pojazdu dla którego firma (...) S.A. wydała niniejszy dokument.

W związku z zawarciem porozumienia na zlecenie (...) SA ubezpieczyciel (...) SA ustanowił na rzecz pozwanego gwarancję ubezpieczeniową do kwoty 800 000 zł na poczet należytego wykonania umowy. Gwarancja była nieodwołalna i bezwarunkowa. Jej celem było zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych beneficjenta w stosunku do zobowiązanego powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego prac objętych umową, zgodnie z jej treścią z dnia wystawienia gwarancji. Gwarant ((...) SA) zobowiązywał się do zapłaty na rzecz beneficjenta (pozwanego) kwoty roszczenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania kompletnego wezwania do zapłaty, w którym znajdzie się oświadczenie Beneficjenta, że firma (...) SA pomimo pisemnego wezwania skierowanego do niej, w którym określono rodzaj uchybień oraz termin ich usunięcia nie wykonała tego zobowiązania. Gwarancja obowiązywała w okresie od dnia 29.09.2010 r. do 31.01.2013 r.

Powód porozumienie co do spornego odcinka drogi zawarł celem korzystania z wybudowanej przez siebie wytwórni mas bitumicznych (otoczarnia), z której to budowy ostatecznie zrezygnował, korzystając z innej, w R.. Pojazdy powoda w okresie realizacji inwestycji budowy autostrady jeździły tym wyasfaltowanym przed wyborami samorządowymi fragmentem spornego odcinka drogi na długości 3+480 km– 6+164 km o dł. 2,5 km, wożąc piasek z pobliskiej żwirowni, łącznie ok. 80 tys ton samochodami ładowności 16 i 32 tony . Samochody powoda oraz jego podwykonawców jeździły z materiałami skracając sobie drogę również po pozostałym spornym odcinku drogi, objętym porozumieniem. Początkowy stan spornego odcinka był dobry, nie doszło do zniszczenia w/w odcinka, bowiem została wcześniej przez zarządcę drogi położona nowa nawierzchnia w 2010r i jego obecny stan jest dobry, natomiast pozostały sporny odcinek, jako niewyremontowany wcześniej był niszczone przez samochody B. i jego podwykonawców. W spornym okresie użytkowania drogi przez B., co miało miejsce do 2013 roku zarządca drogi zezwolenie na korzystanie z tej drogi ponad 8 ton wydał tylko powodowi. Nawierzchnia pozostałego spornego odcinka drogi na dł. 3,480 km została zniszczona. Degradację drogi powodują również warunki atmosferyczne oraz przekraczanie dopuszczalnej prędkości, a biorąc pod uwagę nośność spornego odcinka oraz masą całkowitą pojazdów powoda, jakie poruszały się po nim oraz ilość przewiezionych materiałów, przekracza to dopuszczalny na tej drodze tonaż, a przy takiej konstrukcji drogi nawet puste samochody powoda, jakie jeździły po tym odcinku, mogłyby go zniszczyć. Powód zgodnie z treścią porozumienia zapłacił za okres zimowy jego obowiązywania należności za odśnieżanie spornego odcinka drogi.

Po przeprowadzeniu postępowania przetargowego w dniu 16.07.14r. pozwany zawarł z (...) w R. umowę na wykonanie remontu dróg powiatowych , w tym spornego odcinka 3,480 km drogi, objętego porozumieniem z terminem wykonania całości zamówienia 31.12.17r.. Za w/w odcinek (...) obciążył pozwanego fv z dnia 30.09.14r. na kwotę 624.110,93 zł, zapłaconą przez pozwanego w dniu 29.10.14r. oraz fv z dnia 5.02.15r. na kwotę 290.012,97 zł .(Dowód: zezwolenie z dn. 30.09.2010 r. k. 22-23, gwarancja należytego wykonania umowy z dnia 29.09.2010r. k. 24-25, częściowe zezn. św. W. R. k. 432/2, S. D. k. 432/2, J. J. k. k.431 , g. D. k. 428/428/2, A. P. k. 491/2, zezn. św. A. S. k. 449-449/2, K. W. k. 449/2-450, Z. P. k. 450/2-451. M. R. k. 492 – 493/2, opinia biegłego k. 598, zdjęcia nr 10-12 przy opinii, opinia ustana k. 642-643/2, umowa z dnia 16.07.14r. załącznik , protokoły przekazania placu z dnia 1.09.14, fv , protokoły odbioru z dnia 30.09.14r i 4.02.15r., polecenie przelewu k. 170-188, noty księgowo , rozliczenia kosztów odśnieżania i fv za okres 2010-12 k. 150-157)

Pismem z dnia 12.11.12r. powód złożył pozwanemu propozycję zakończenia współpracy odnośnie porozumień, przy czym odnośnie spornego odcinka zaproponował rozwiązanie porozumienia i zwrot gwarancji z uwagi na niekorzystanie z niego. Co do pozostałych porozumień zaproponował bądź to remont, bądź to ekwiwalent z uwagi na korzystanie z drogi oraz trudność w oszacowaniu szkód. Pozwany w odpowiedzi zaproponował ekwiwalent w postaci zapłaty kwoty 800.000 zł za korzystanie z drogi, ewentualnie przedłużenie gwarancji z terminem wykonania prac do 30.06.13r., na co powód nie wyraził zgody, uzasadniając, iż droga nie jest zniszczona i nie wymaga remontu (dowód: pisma k. 92-94, 9596, 97).

. Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. otrzymanym w dniu 4.01.13r. pozwany skierował do powoda wezwanie do wykonania prac remontowych części drogi powiatowej nr (...) B. – M. w km 0+000 do 6+ 700 określając szczegółowo zakres robót do wykonania. Na wykonanie prac remontowych pozwany wyznaczył 14 dniowy termin wskazując, że w przypadku braku wykonania wskazanych prac remontowych bądź częściowego ich wykonania pozwany podejmie działania zmierzające do uruchomienia środków z gwarancji udzielonej przez (...) SA. W odpowiedzi z dnia 15.01.13r. Powód odmówił uzasadniając, iż sporny odcinek nie był wykorzystywany przez niego i nie przyczynił się do zniszczenia nawierzchni. Pismem z dnia 9.01.13r. powód odmówił uzasadniając, iż zamiarem porozumienia było postawienie wytwórni mas bitumicznych co nie doszło do skutku, a transport drogą nie był prowadzony w zakresie mogącym wpłynąć na jej zniszczenie i stan jej nie został pogorszony. W dniu 21.01.13r. Powiat wezwał (...) do zapłaty kwoty gwarancji , a następnie po poinformowaniu o tym wezwaniu powoda , (...) wypłaciło pozwanemu w/w kwotę , którą pobrało od pozwanego w dniu 5.02.13r. Pismem z dnia 28.05.13r. powód wypowiedział pozwanemu m.in. sporne porozumienie. Pismem z dnia 3.09.13r. powód wezwał pozwanego do zapłaty w/w kwoty wraz z odsetkami od dnia bezpodstawnej wypłaty tj, od dnia 5.02.13r. , czemu pozwany odmówił.

Dowód: pismo pozwanego z dnia 03.01.2013r. k. 41-42, pismo k. 120-122, pismo k. 74-79, pisma (...) do B. z dnia 23.01.13r. k. 128, i 4.02.13r. k. 129, polecenie przelewu z dnia 5.02.13r. k. 130, wypowiedzenie porozumienia k. 101-104, wezwanie do zapłaty z dnia 3.09.13r. k. 123, odpowiedź pozwanego k. 125)

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków strony powodowej w części, tj. że cały odcinek drogi objęty porozumieniem nie został zniszczony, nie dał też wiary w tym zakresie dokumentacji zdjęciowej powoda oraz oświadczeniu tej treści z dnia 30.10.12r. podpisanemu przez J. J. (k. 48-73). Po pierwsze świadkowie ci nie byli kierowcami wykonującymi przejazdu, zatem nie mogli wiarygodnie przesądzić, że rzeczywiście przejazdy powoda i jego podwykonawców nie były tędy wykonywane, w przeciwieństwie do naocznych świadków tych zdarzeń strony pozwanej. Po drugie autor w/w oświadczenia nie uczestniczył w wykonywaniu tych zdjęć i nie oglądał ich przedmiotu, a nikt ze świadków nie był w stanie zeznać, kto te zdjęcia wykonał, rozbieżności w zeznaniach dotyczyły także dat wykonania zdjęć, a skoro wiarygodność tych zdjęć pozwany zakwestionował, zwłaszcza że nie uczestniczył w ich wykonaniu ani oględzinach, nie został też o nich zawiadomiony (w tym zakresie zachodzi sprzeczność zeznań świadków obu stron procesu, zatem skoro brak pisemnego wezwania pozwanego przez powoda do przystąpienia do inwentaryzacji, sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków strony pozwanej, że do takiej inwentaryzacji nie był pozwany wzywany). Dodać należy, iż same zdjęcia co prawda przedstawiają sporny odcinek porozumienia, co zeznał 1 ze świadków strony pozwanej , niemniej nie stanowią dowodu na brak uszkodzenia drogi, czy rzeczywisty stan drogi, albowiem inwentaryzacja stanu technicznego drogi wymagała szczegółowego opisu stanu technicznego co 100 m każdego odcinka drogi z pomiarami, której to inwentaryzacji powód nie wykonał, ponadto zniszczenia drogi mogły ujawnić się później, obecnie na drodze tej w części wyasfaltowanej przez Powiat w 2010 roku występują spękania i nie można wykluczyć, iż są one wynikiem wykonywania przez powoda przejazdów w spornym okresie porozumienia. (pisemna opinia biegłego k. 599-601, ustna k. 643).

Sąd dał wiarę opinii biegłego sądowego, który uzasadnił zarówno na rozprawie oraz w piśmie z dnia 18.10.17r. co do bezcelowości badania podłoża pod nową nawierzchnią wykonaną przez (...) w 2014/15 uwagi na braki danych , uzasadnił niemożność ustalenia, w jakim okresie doszło do zniszczenia tego podłoża oraz bezcelowość uzupełnienia materiału dowodowego zawnioskowanego przez powoda w piśmie z dnia 13.10.17r. (k. 644 -645, k. 658). Ponadto zawnioskowane przez powoda nowe dowody w w/w piśmie były spóźnione w myśl art. 207 § 6 kpc, bowiem okoliczność

ilości wydanych zezwoleń winna być dowodzona przez powoda jeszcze przed zleceniem opinii biegłemu, zwłaszcza że 2 świadkowie strony pozwanej zeznali, iż innym podmiotom poza B. nie udzielono zezwoleń. Z tych względów sąd nie uwzględnił wniosku powoda uzupełnienie opinii biegłego oraz wniosku z ostatniej rozprawy o nowego biegłego, jako bezcelowy, nie wnoszący do sprawy, zmierzający tylko do przedłużenia postępowania. Ponadto wniosek o nowego biegłego został zgłoszony w zdaniu końcowym, bez uzasadnienia przyczyn dopuszczenia tego dowodu. Sąd miał na względzie, iż nawet ustalenie, ile policja zanotowała przypadków przekroczenia prędkości oraz ile wydano i w jakim okresie zezwoleń nie wykluczyłyby powoda jako użytkownika spornego odcinka oraz sprawcy zniszczeń drogi, naprawionej przez pozwanego w okresie (...).

Sąd zważył, co następuje:

Zdaniem sądu interpretacja spornego porozumienia przedstawiona przez pozwanego w odpowiedzi na pozew : remont wskazany w zał. 1 porozumienia w zamian za zgodę na korzystanie z drogi, bez względu, czy faktycznie powód korzystałby z drogi narusza przepis art.7 Konstytucji w zw. z art. 1 i 13 Ustawy o drogach publicznych oraz art. 3. 1 Ustawy z dnia 16.12.2005r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego. Przepisy te stanowią:

1/ Art. 7 Konstytucji: Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa.

2/ Ustawa o drogach publicznych : Art. 1. Drogą publiczną jest droga zaliczona na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych.

3/ USTAWA z dnia 16 grudnia 2005 r. **o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego** (Dz. U. z dnia 30 grudnia 2005 r.)

Art. 3. 1. Zadania w zakresie budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg oraz zarządzania nimi finansowane są przez:

1) ⁽¹⁾ ministra właściwego do spraw transportu za pośrednictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad albo drogowych spółek specjalnego przeznaczenia w odniesieniu do dróg krajowych;

2) samorząd województwa w odniesieniu do dróg wojewódzkich;

3) samorząd powiatowy w odniesieniu do dróg powiatowych.

2. Zadania w zakresie finansowania budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg gminnych oraz zarządzania nimi finansowane są z budżetów gmin.

3. W granicach miast na prawach powiatu zadania w zakresie finansowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania, ochrony i zarządzania drogami publicznymi, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, finansowane są z budżetów tych miast.

4. Zadania w zakresie budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg zakładowych oraz zarządzania nimi finansowane są ze środków podmiotów zarządzających tymi drogami.

Skoro ustawodawca przewidział opłaty jako należności administracyjno-prawne dla podmiotów prawa publicznego tylko w sytuacjach wskazanych w ustawie , tj. art. 13 i nast. Ustawy o drogach publicznych i to za faktyczne przejazdy, to świadczenie niepieniężne, jakim ma być remont czy prace modernizacyjne drogi za samą zgodę na przejazd nie może być ważnie ustalona nawet w drodze umowy cywilno-prawnej. Ponadto takie postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń z kc i sprzeciwia się celowi społeczno- gospodarczemu takiej umowy w myśl art. 353 ¹ kc w zw. z art. 487 § 2 kc.

Zważyć jednak należy, iż zgodnie z art. 20 Ustawy o drogach publicznych do zarządcy drogi należy w szczególności: (...)

12) przeciwdziałanie niszczeniu dróg przez ich użytkowników; a na podst. art. 39. 1. tej ustawy Zabrania się dokonywania w pasie drogowym czynności, które mogłyby powodować niszczenie lub uszkodzenie drogi i jej urządzeń albo zmniejszenie jej trwałości oraz zagrażać bezpieczeństwu ruchu drogowego. W szczególności zabrania się: (...)

2) włóczenia po drogach oraz porzucania na nich przedmiotów lub używania pojazdów niszczących nawierzchnię drogi;

3) poruszania się po drogach pojazdów nienormatywnych bez wymaganego zezwolenia lub w sposób niezgodny z przepisami ruchu drogowego (...).

Ponadto zgodnie art. 3.5 Ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego

5. ⁽²⁾ Budowa, przebudowa, remont, utrzymanie i ochrona dróg publicznych mogą być realizowane przy udziale środków rzeczowych i pieniężnych świadczonych przez osoby fizyczne i osoby prawne , krajowe i zagraniczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, w tym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

W świetle w/w przepisów Powiat jako osoba prawna , a więc z zasady mająca prawo do zawierania umów cywilnoprawnych , oczywiście w granicach w/w ustawowych obowiązków publiczno - prawnych miała prawo umówić się z podmiotem prawa prywatnego , w tym wypadku powodem na odpłatność za korzystanie z drogi publicznej pojazdami , które powodowały degradację drogi lub stanowiły realne ryzyko takiej degradacji. Innymi słowy sama zgoda na korzystanie pojazdami powyżej dopuszczalną nośność drogi (w tym wypadku znak ograniczający do 8 ton) nie była wystarczającą podstawą do obciążenia drugiej strony kosztami remontu drogi, lecz faktyczne z niej korzystanie przez pojazdy przekraczające ten tonaż, ponieważ korzystanie w ten sposób z takich pojazdów rodziło domniemanie zniszczenia drogi. Taka interpretacja porozumienia wynikająca z w/w przepisów na podst. art. 58 § 1 kc pozwoliła na wejście jej do porozumienia w miejsce literalnie brzmiących i nieważnych zapisów w postaci obowiązku remontu w zamian za zgodę na podst. zapisu § 6.8 porozumienia. Zważyć należy, iż za taką wykładnią przemawia treść innych porozumień, które powód zawierał w ramach budowy autostrady, w których wystarczającą przesłanką do powstania obowiązku remontu był wynik inwentaryzacji tzw. zerowej i końcowej , gdzie po porównaniu ich wzajemnie na początku okresu użytkowania i na końcu okresu użytkowania wynik tej inwentaryzacji wskazywał na pogorszenia stanu drogi (tak: obowiązki inwentaryzacyjne wskazane w umowie z SP- (...) oraz porozumienie z Gminą S. k. 105-106). Otóż jeżeli do urzeczywistnienia obowiązku naprawy drogi cyt. zniszczonej w skutek korzystania z niej przez powoda jako wykonawcę, wystarczającą miała być inwentaryzacja, to inwentaryzacji ta nie stanowiła przecież dowodu , iż zniszczeń drogi dokonał właśnie ten podwykonawca. Innymi słowy inwentaryzacja jako wystarczający dokument na powstanie bądź nie obowiązku remontu wskazywała na domniemanie, że drogę zniszczył czy uszkodził ten właśnie wykonawca, który zawarł porozumienie. Oczywiście wykonawca mógł zwolnić się z w/w obowiązku , gdyby jednak wykazał, że to nie on zniszczył czy uszkodził drogę, co oczywiście stanowiłoby dowód niezmiernie trydny do przeprowadzenia, chyba że wykazałby, że to nie on użytkował drogę w spornym okresie objętym porozumieniem. Innymi słowy jeżeli wynik inwentaryzacji wykonanej rzetelnie, tj. w sposób wskazany przez biegłego i z udziałem Powiatu oraz zgodnie z zapisami umowy z (...) wskazałby na nienaruszenie drogi, wówczas dopiero powód mógłby zwolnić się z obowiązku remontu. Bez znaczenie pozostaje przy tym definicja remontu w rozumieniu art. 3 pkt 8 prawa budowlanego (odtworzenie stanu pierwotnego , a nie stanowiące bieżącej konserwacji , przy wykorzystaniu wyrobów budowlanych innych niż użyto pierwotnie), jeżeli wykonawca nie wykazałby, iż zakres prac naprawczych określony w zał. Nr 1 Porozumienia przekraczałby zakres zniszczeń wynikających z inwentaryzacji. W tym procesie powód ani nie wykazał, że nie korzystał ze spornego odcinka drogi, ani nie wykazał, że to nie on zniszczył nawierzchnię. Przeciwnie, postępowanie dowodowe wskazało, iż powód I jego podwykonawcy korzystali ze spornego odcinka (dodatkowym dowodem poza zeznaniami świadków jest fakt opłat za odśnieżanie całego spornego odcinka 6.7 km, zatem można poczynić takie ustalenie na podst. art. 231 kpc, skoro powód zgodnie z § 4 .1 nie miał obowiązku zapłaty z tego tytułu, gdy nie korzystałby z drogi), a droga została zdegradowana, co potwierdził biegły sądowy na podst. badań laboratoryjnych. W myśl zatem w/w przyjętej przez sąd jako zgodnej z prawem i intencją stron interpretacji porozumienia to nie pozwany miał dowodzić faktu zniszczenia i zakresu zniszczenia drogi przez powoda,

lecz powód fakt przeciwny, a zwolniłby się z tego w razie wykonania rzetelnej inwentaryzacji, której nie wykonał i nie zawiadomił o niej pozwanego, co obciąża powoda. Wprawdzie z zapisu porozumienia taki obowiązek inwentaryzacji nie wynika, lecz jeśli, idąc tokiem rozumowania powoda interpretował on porozumienie jako obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego, to winien on taką inwentaryzację przeprowadzić, a dopiero brak udziału pozwanego w niej mimo zawiadomienia pozwanego o niej pozwoliłoby powodowi uwolnić się z obowiązku remontu, pod warunkiem oczywiście, że wynik obu inwentaryzacji byłby identyczny (brak pogorszenia stanu początkowego). Wskazać przy tym należy, iż powód zawarł umowę gwarancji ubezpieczeniowej (art. 493 kc) jako bezwarunkowej, zatem mającej charakter zobowiązania abstrakcyjnego. Pozwany zrealizował tę gwarancję zgodnie z jej zapisem: wedle bowiem niespornej między stronami treści tej gwarancji (k. 24-25) celem jej było zabezpieczenie obowiązku remontu drogi tytułem roszczenia odszkodowawczego, w razie gdyby remont ten w terminie umówionym nie został wykonany. Do realizacji kwoty gwarancji wystarczył fakt wezwania do wykonania remontu, co pozwany zrealizował, wyznaczając termin dodatkowy 14 dni na wykonanie prac, który upłynął i po tym terminie wezwał (...) do zapłaty, co ubezpieczyciel zrealizował, pobierając uprzednio tę kwotę od powoda. Sąd nie dopatrywał się po stronie pozwanego nadużycia prawa z art. 5kc: termin umowny prac naprawczych określonych w zał. Nr 1 porozumienia upłynął w dniu 30.10.12r., wezwanie pozwalające na realizację kwoty gwarancji pozwany wystosował do powoda w dniu 3.01.13r. . Między w/w terminami upłynęło zatem 2 miesiące. Był to więc wystraszający czas na wykonanie prac objętych porozumieniem, na których wykonania wystarczyło jedynie zgłoszenie do nadzoru budowlanego; nie trzeba było pozwolenia na budowę wg uznanych przez sąd za niesporne twierdzeń pozwanego, gdzie twierdzeń przeciwnych powód nie podniósł i nie wykazał. W kontekście celu tegoż zabezpieczenia należytego wykonania porozumienia w postaci prac objętych zał. 1 do porozumienia to powód winien był wykazać przesłanki swego roszczenia odszkodowawczego (że pozwany nienależycie wykonał porozumienie, bezprawnie pobierając kwotę gwarancji, tj. wykazać fakt negatywny: niezniszczenie drogi, a w każdym razie nieużytkowanie jej w spornym okresie) oraz brak szkody po stronie pozwanego : brak konieczności wykonania prac, jakie wykonał pozwany w okresie 2014/2015, a w każdym razie brak związku przyczynowego między tymi pracami a stanem drogi po upływie okresu porozumienia. Takiego dowodu powód nie przeprowadził, nie wykazał opinią biegłego, że prace i koszty obciążające pozwanego z tytułu prac (...) (dług pozwanego) był wynikiem innych zdarzeń niż korzystanie przez powoda z drogi i jej zniszczenie. Nie przeprowadził np. dowodów wskazywanych przez biegłego w piśmie z dnia 30.12.16r.(dokumenty zakupu i transportu materiałów, mapy z lokalizacją poboru przez pozwanego materiałów, tachografy pojazdów powoda i jego podwykonawców k. 508-509), które pozwoliłyby na być może wiarygodne ustalenie tej kwestii przez biegłego. Sąd ani biegły nie są uprawnieni i zobowiązani do poszukiwania z urzędu materiału dowodowego za stronę na okoliczność braku korzystania z drogi, bo naruszałoby to zasadę kontradiktoryjności procesu (vide: odpowiedź sądu z dnia 3.01.17r. k. 513 i odpowiedź biegłego z dnia 27.01.17r. k. 516). Analogicznie ciężar dowodu rozkłada się przy alternatywnej podstawie prawnej dochodzonego świadczenia : jako nienależnego świadczenia czy bezpodstawnego wzbogacenia na podst. art. 410 i 405 kc. Należy zauważyć, iż fakt, że prace remontowe zostały wykonane przez pozwanego w odstępie 2 lat od zakończenia terminu końcowego z porozumienia nie wyklucza, że wynikały one ze zniszczeń drogi spowodowanych przez powoda w okresie tegoż porozumienia, ale to powód zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu nie przeprowadził dowodu przeciwnego. Prace te wykonał pozwany w efekcie zamówienia publicznego, co z doświadczenia jest procesem rozłożonym w czasie, zważywszy na datę zawarcia umowy : 16.07.14r. i okres realizacji gwarancji:05.02.13r. Wskazać też należy, iż wedle interpretacji przez powoda treści gwarancji ubezpieczeniowej wskazanej w pozwie i na rozprawie z dnia 28.06.16r. (k. 428) warunkiem czy podstawą ściągnięcia przez pozwanego kwoty gwarancji nie musiało być poniesienie przez pozwanego kosztów naprawy spornej drogi. Gwarancja zabezpieczała roszczenie odszkodowawcze w postaci równowartości prac, określonych w zał.nr 1 do porozumienia, których to prac powód nie wykonał, a co było wystarczającą przesłanką do realizacji kwoty gwarancji, chyba że powód wykazałby, że prace wykonane przez (...) nie stanowiły prac pozostających w związku przyczynowym z korzystaniem przez siebie z drogi, czego nie wykazał. Sąd w całości podziela ugruntowane orzecznictwo SN i sądów powszechnych co do charakteru abstrakcyjnego gwarancji ubezpieczeniowej i wynikającego z tego charakteru przeniesienia ciężaru dowodu na dłużnika gwarancyjnego (por. SO w Szczecinie VIII GC 52/12, V CSK 233/09, III CZP 16/93, III CZP 166/94, IV CSK 683/13, SA w W. I ACa 1679/14).

Z tych względów na mocy art. 471, 417 i 405 kc sąd powództwo oddalił jako niewykazane co wszystkich przesłanek żądania odszkodowawczego i bezpodstawnego wzbogacenia w zw. z art. 6 kc.

O kosztach sąd orzekł na mocy art. 108 kpc w zw. z art. 98 § 1 i 3 kpc. Na koszty po stronie pozwanego złożyły się : minimalne wynagrodzenie adwokackie oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa. O zwrocie zaliczek stronom sąd orzekł na mocy art. 80. 1 i 84 . 1 Ustawy o kosztach Wskazać należy, iż wydatkiem po stronie powoda był koszt wykonania odwiertów przez podmiot trzeci , nie będący w sprawie powołanym jako biegły. Kosztu takiego wymagała opinia biegłego sądowego, na którą to czynność i wydatek wyraził zgodę powód uiszczając w tym przedmiocie stosowną zaliczkę. Była to kwota 9.706 zł zgodnie z fv z dnia 14.06.17r. wystawioną przez Centrum (...) sp. z o.o. – laboratorium w L. (k. 589) oraz wydatek w postaci kosztów opinii biegłego sądowego zgodnie z postanowieniem sądu z dnia 17.10.17r. (k. 651- 653).