

Sygn. akt I ACa 728/14

# WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 28 sierpnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie:	SSA Maria Kus-Trybek SSA Marek Boniecki (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa K. P.

przeciwko K. M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 12 lutego 2014 r. sygn. akt I C 3302/12

1. **oddala apelację**

2. **zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt I ACa 728/14**

**Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie**

**z dnia 28 sierpnia 2014 r.**

Powód K. P. w pozwie skierowanym przeciwko K. M. domagał się zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kwoty 84.363 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu oraz kosztami procesu.

W uzasadnieniu swojego żądania powód wskazał, że zawarł z pozwanym umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było utwardzenie drogi dojazdowej i placu manewrowego kostką brukową na posesji powoda. Roboty odebrane zostały w dniu 3 grudnia 2009 r., umówione wynagrodzenie zapłacone, a wiosną 2010 r. pojawiły się

pierwsze nierówności i zapadnięcia na placu manewrowym wyłożonym kostką. Pozwany mimo wielokrotnych wezwań i udzielonej gwarancji nie usunął wad w przedmiocie umowy. Dochodzona pozwem kwota to koszt prac koniecznych do uzyskania prawidłowego stanu technicznego przedmiotu umowy.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu, zarzucając, że skoro powód wywodzi swoje roszczenie z gwarancji, to powinien był po bezskutecznym upływie terminu do usunięcia wad, usunąć je na własny rachunek, a następnie wezwać gwaranta do zapłaty uiszczonej z tego tytułu kwoty. Ponadto dochodzona kwota wyczerpuje całość wartości inwestycji wraz z materiałami, których jakości powód nie kwestionował. Tymczasem z kosztorysu przedstawionego przy pozwie wynika, że koszt robocizny wynosi 15.935,12 zł i takiej kwoty mógłby ewentualnie domagać się powód. Zarzucono także, że winę za wszelkie nieprawidłowości ponosi powód, który zataił przed pozwanym fakt wykonywania prac związanych z podniesieniem terenu, niewłaściwych materiałów do tego użytych, usuwania drzew z korzeniami, fakt wykonywania prac związanych z podnoszeniem budynków po zakończeniu kładzenia kostki, fakt dokonywania płukania płodów rolnych na placu manewrowym oraz użytkowania terenu w trakcie wykonywanych robót. W ocenie pozwanego wszelkie prace wynikające z umowy wykonał w sposób prawidłowy.

Wyrokiem z dnia 12 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 84.363 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 marca 2013 r. oraz orzekł o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach sądowych.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany prowadzi działalność w zakresie robót budowlanych, polegającą między innymi na układaniu kostki brukowej. W dniu 15 września 2009 r. pomiędzy powodem a pozwanym doszło do zawarcia umowy o dzieło, której przedmiotem było wykonanie przez pozwanego prac polegających na utwardzeniu drogi dojazdowej i placu manewrowego kostką brukową typu behaton 8 cm na nieruchomości powoda. Szczegółowy zakres robót został wskazany w(...) umowy nazwanej przez strony (...)Pozwany zobowiązał się do wykonania robót ziemnych, skorygowania istniejącej nawierzchni na głębokość 60 cm, wywożenia urobku na odległość 4 km, wykonywania warstwy dolnej podbudowy z tłuczenia kamiennego o grubości 30 cm na powierzchni 1019 m<sup>(( 2))</sup>, wykonania warstwy górnej podbudowy z tłuczenia kamiennego o grubości 15 cm na powierzchni 1019 m<sup>(( 2))</sup>, ułożenia na placu kostki brukowej typu behaton o grubości 8 cm, zamontowania krawężników oraz wykonania opaski wokół całego placu z kostki brukowej o gr 6 cm na powierzchni 44 m<sup>(( 2))</sup>. Pozwany udzielił zamawiającemu 3-letniej gwarancji jakości na wszystkie wykonane prace budowlane i instalacje oraz zobowiązał się do bezzwłocznego usunięcia wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancji, a w wypadku gdyby pozostał bezczynny, umocował powoda do ich usunięcia na własny koszt, a następnie obciążenia tymi kosztami pozwanego. Pozwany rozpoczął prace pod koniec września 2009 r. i zakończył je na początku grudnia tego roku. Stosownie do zawartej umowy pozwany wykonał prace polegające na zebraniu starego podłoża, wykonanie podbudowy i ułożeniu kostki brukowej. W trakcie tych prac pozwany usunął również niewielkie drzewa rosnące na podwórku. Za wykonane roboty pozwany otrzymał umówione wynagrodzenie w kwocie 182,907,04 zł. Powód posiada gospodarstwo rolne, w którym prowadzi produkcję roślinną. W niedługim czasie po ułożeniu przez pozwanego kostki pojawiły się nierówności. Wystąpienie pierwszych wad powód stwierdził na wiosnę 2010 r. Niezwłocznie o tym fakcie powiadomił pozwanego. Ten zapewnił go, że zgodnie z umową dokona napraw w ramach przyznanej gwarancji. Mimo monitów telefonicznych kierowanych przez powoda w 2010 i 2011 roku pozwany nie dokonał naprawy, do jakiej się zobowiązał. Opieszałość w jego działaniach doprowadziła do tego, że początkowo niewielkie nierówności zaczęły się pogłębiać, utworzyły się znaczne zapadnięcia, w których po deszczu zaczęła zbierać się woda. Zapadnięcia, nierówności są zlokalizowane na całym terenie placu. Jesienią 2010 r. pozwany jeden raz przyjechał na posesję powoda z piaskiem i dokonał poprawy nierówności przed przedsionkiem (przy wjeździe do przechowalni warzyw), nie poprawił natomiast nierówności na placu. Poprawki dokonane przez powoda dotyczyły niewielkiej części terenu. Zostały jednak zrobione niedbale, teren był jeszcze bardziej nierówny niż przed ich pierwotnym ułożeniem. Kolejne monity telefoniczne powoda, którymi wzywał do usunięcia wad były przez pozwanego bagatelizowane. W dniu 5 września 2011 r. powód wezwał pozwanego do natychmiastowego usunięcia usterek. Mimo ustalenia przez strony terminu poprawek na październik 2011 r., pozwany ich nie wykonał. Kolejne pismo wzywające pozwanego do poprawienia usterek wysłano w dniu 9 stycznia 2012 r. Pozwany nadal nie usunął usterek, wystosował natomiast do powoda pismo, w którym podał, iż prace wykonał w sposób prawidłowy, zaś wady powstały na skutek działań powoda, tj. wykopów prowadzonych przez powoda na

potrzeby zakopywania kabli i rur do wody, a także wywożeniem materiału pochodzącego z rozbiórki budynków gospodarczych na posesji powoda. Kolejny wyznaczony przez powoda termin wykonania poprawek na kwiecień 2012 r. upłynął bezskutecznie. Powód jeszcze dwukrotnie kierował do pozwanego wezwania z prośbą o usunięcie wad w wykonanych pracach, tj. w dniach 4 maja i 12 sierpnia 2012 r. Wady nie zostały usunięte. Powód nie wykonuje na placu wokół budynków mieszkalnych i przechowalni płukania warzyw. Są one płukane w spółdzielni, w której zrzeszony jest powód. Prace budowlane związane z zakładaniem rur służących do odprowadzania wody powód wykonał zanim kostka została ułożona przez pozwanego. Po wykonaniu prac przez pozwanego był ocieplany dom, wykonywano elewacje przy budynku gospodarczym i zmieniano dach domu. Prace związane z jego ocieplaniem, ciężar postawionych rusztowań i ich nacisk na podłoże nie miały wpływu na pojawianie się odkształceń na kostce, zapadanie jej czy tworzenie się wybojów. Pozwany wykonał prace w sposób wadliwy, przez co powstały odkształcenia i deformacja nawierzchni. Podstawową przyczyną ich powstania było ułożenie konstrukcji na warstwie gruntu urodzajnego, która nie mogła stanowić podbudowy gruntowej pod nawierzchnię drogową. Ułożona nawierzchnia jest o 16 cm cieńsza niż uzgodniona umową. Usunięcie wad jest możliwe poprzez przebudowę całej nawierzchni z wykorzystaniem użytych już materiałów. Koszt usunięcia wad wynosi 88.356,05 zł.

W ustalonym przez siebie stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji po przeanalizowaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przyjął, że strony łączyła umowa o dzieło w rozumieniu art. 627 k.c., mimo że nazwały ją (...). Sąd Okręgowy uznał, że pozwany w sposób wadliwy wykonał dzieło, a koszt usunięcia wad wynosi 88.356,05 zł. Odnosząc się do zarzutu pozwanego, wskazującego na zakres uprawnień wynikających z udzielonej powodowi gwarancji, Sąd przyjął, że powód miał możliwość dokonania wyboru między roszczeniami z tytułu gwarancji, rękojmi oraz z art. 471 k.c. Domagając się odszkodowania w kwocie dochodzonej pozwem, powód takiego wyboru dokonał. Wykazał, że wykonane przez pozwanego dzieło jest wadliwe oraz, że na skutek nienależytego wykonania zobowiązania poniósł szkodę. Konieczna jest przebudowa całej nawierzchni, zerwanie istniejącej, wykonanie prawidłowej podbudowy i ułożenie na nowo nawierzchni z kostki, co przy wykorzystaniu użytych już materiałów pociągnie za sobą koszt 88.356,05 zł. Żądaną pozwem kwotę Sąd pierwszej instancji zasądził wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 20 marca 2013 r., tj. doręczenia odpisu pozwu. Za podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd przyjął art. 98 §1 k.p.c., zaś o nieuiszczonych kosztach sądowych art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Wyrok powyższy zaskarżył w całości apelacją pozwany, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Skarżący zarzucił: 1) naruszenie prawa materialnego art. 471 k.c. oraz art. 577 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na zastosowaniu do ustalonego w sprawie stanu faktycznego niewłaściwej normy prawnej, tj. art. 471 k.c., zamiast właściwej tj. art. 577 k.c., co skutkowało błędnym przyjęciem, że pozwany ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonania umowy, podczas gdy przesłanki sprawy, a zwłaszcza treść pozwu, wskazują na konieczność zastosowania przepisów z gwarancji jakości dzieła; 2) naruszenie prawa procesowego art. 278 k.p.c. poprzez zlecenie biegłemu L. D. dokonania ocen prawnych przejawiających się w ustaleniu wysokości szkody jaką poniósł/ powód i błędne przyjęcie, że powód dochodzi swojego roszczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy; 3) naruszenie prawa procesowego art. 217 §2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 k.p.c. poprzez uznanie, że wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego geologa, co do ustalenia, na jakiej głębokości jest grunt urodzajny, a na jakiej grunt rodzimy, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i oddalenie tego wniosku jako zmierzającego do zwłoki w postępowaniu, w sytuacji gdy biegły L. D. zarówno w pisemnej opinii z dnia 29 lipca 2013 r., jak i w opinii uzupełniającej, złożonej na rozprawie w dniu 26 listopada 2013 r., stwierdził, że podstawowym warunkiem do konstruowania jakichkolwiek powierzchni jest charakter podłoża gruntowego; 4) naruszenie prawa procesowego art. 217 §2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, przy przyjęciu, że wszelkie okoliczności sprawy zostały uwzględnione, a opinia biegłego L. D. jest logiczna, precyzyjna i w pełni weryfikowalna, w sytuacji gdy ustna opinia uzupełniająca biegłego jest sprzeczna z opinią pisemną z dnia 29 lipca 2013 r. i zawiera nieścisłości

oraz istotne błędy rachunkowe; 4) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym przez przyjęcie, że: prace budowlane związane z zakładaniem urządzeń do odprowadzenia wody powód wykonał zanim kostka została ułożona przez pozwanego, powierzchnia ułożona przez pozwanego jest o 16 cm cieńsza niż przewidywała umowa, nierówności występują na terenie całego podwórka powoda, usunięcie wad jest możliwe poprzez przebudowę całej nawierzchni kostki na placu powoda, co skutkowało bezpodstawnym przyjęciem, że wszystkie prace wykonane przez pozwanego są wadliwie, a ich koszt usunięcia wynosi 88.356,05 zł i przez to uwzględnienia powództwa w całości; 5) naruszenie art. 233 §1 k.p.c. przez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie faktu, iż na terenie posesji powoda nie miało miejsca mycie płodów rolnych, z dowodu w postaci zaświadczenia Spółdzielni (...) w S. S., skutkiem czego błędnie Sąd ustalił, iż powód nie dokonywał płukania płodów rolnych na swojej posesji; 6) naruszenie art. 233 §1 k.p.c. przez dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem jego istotnej części, tj. zdjęć lotniczych z ortofotomap z roku 2003 i 2012, dołączonych przez pozwanego do pisma procesowego z dnia 2 października 2013 r., z których jednoznacznie wynika, iż przed położeniem kostki przez pozwanego, na terenie posesji powoda rosły drzewa, co skutkowało błędnym przyjęciem, iż powód nie usuwał żadnych drzew przed wykonywaniem prac przez pozwanego; 7) naruszenie art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się w odmowie wiarygodności i mocy dowodowej zeznaniom pozwanego i jego świadków, a przyznaniu waloru pełnej wiarygodności zeznaniom powoda oraz jego świadków P. P. i P. K., chociaż zeznania powoda i ww. świadków zawierają liczne rozbieżności i nie korespondują ze sobą, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, że wszelką odpowiedzialność za wady dzieła ponosi pozwany (że prace pozwanego były wadliwe)

Ponadto w związku z oparciem wyroku przez Sądu I instancji na podstawie odpowiedzialności kontraktowej, tj. art. 471 k.c. apelujący zgłosił zarzut przedawnienia roszczenia na podst. art. 646 k.c.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego. Jednocześnie zakwestionował pogląd Sądu Okręgowego, jakoby strony łączyła umowa o dzieło, wnosząc o przeprowadzenie dodatkowych dowodów z dokumentów na okoliczność, że była to umowa o roboty budowlane.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.***

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy prawidłowo, na podstawie dowodów ocenionych z poszanowaniem reguł wskazanych przepisem art. 233 §1 k.p.c. ustalił stan faktyczny sprawy, co pozwoliło Sądowi Apelacyjnemu w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia przyjąć go za własny.

Skarżący podniósł w apelacji szereg zarzutów dotyczących naruszeń prawa procesowego, które miały jego zdaniem doprowadzić do wadliwych ustaleń faktycznych, a w konsekwencji do wydania nieprawidłowego wyroku. Z zarzutami tymi zgodzić się jednak nie można.

Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy przepisów art. 278 k.p.c. w sposób wskazany przez pozwanego. Jak wynika z zapisu w protokole rozprawy z dnia 22 maja 2013 r. (k. 112) Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność, czy wykonane roboty mają wady, jeśli tak, to jakie oraz wyceny kosztów koniecznych do usunięcia tych wad. Trudno w tej tezie dowodowej doszukać się zlecenia biegłemu ocen prawnych. Wystąpienie ewentualnych wad, ich rodzaj oraz koszt usunięcia są okolicznościami natury faktycznej, do oceny zaistnienia których w realiach rozpoznawanej sprawy były niewątpliwie konieczne wiadomości specjalne w rozumieniu art. 278 §1 k.p.c. Za niezrozumiałe natomiast w kontekście treści ww. przepisu uznać należało zarzut przyjęcia, że powód dochodzi swojego roszczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Chybiony okazał się również zarzut obrazy przepisów art. 217 §2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 k.p.c., do której zdaniem skarżącego miało dojść poprzez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego geologa na okoliczność głębokości poszczególnych rodzajów gruntu zalegającego pod położoną przez pozwanego kostką. W ocenie pozwanego potrzeba takiego dowodu wynikała przede wszystkim z opinii biegłego z zakresu budownictwa L. D.. Biegły ten jednak ani w opinii pisemnej, ani w trakcie składania wyjaśnień do niej w trakcie rozprawy, nie

wskazał na konieczność opinii geologicznej. Do konkluzji takiej nie może prowadzić także stwierdzenie biegłego o kluczowym znaczeniu gruntu stanowiącego podłoże pod nawierzchnię. Opinia biegłego geologa, w ocenie Sądu Apelacyjnego, była zbędna z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, biegły z zakresu budownictwa w zakresie swojej specjalizacji musi posiadać wiedzę na temat rodzaju gruntu stanowiącego podłoże pod budowlę czy budynek, niezbędną do oceny prawidłowości przeprowadzenia procesu budowlanego. Stwierdzenie biegłego, że szczegółowe obliczenia nośności wymagałyby badań geotechnicznych i wiedzy szczegółowej na temat zastosowanego kamienia i jego parametrów, nie powodowało konieczności powołania biegłego tej specjalizacji. Zważyć bowiem należy, iż biegły wskazał jednocześnie, iż nawierzchnia o parametrach uzgodnionych w umowie powinna być wystarczająca do przeniesienia obciążeń występujących na placu (k. 149), a wykazane zostało, że położona przez pozwanego konstrukcja umówionych parametrów nie spełniała. Podstawowym jednak błędem, na który wskazywał biegły, było ułożenie konstrukcji na gruncie rodzimym, stanowiącym urodzajną glebę, do oceny istnienia którego miał niewątpliwie kwalifikacje. Sam fakt występowania tego rodzaju gruntu nie był zresztą kwestionowany. Niezależnie od powyższego zważyć należy, iż to rzeczą apelującego było zapoznanie się z terenem, na którym będą wykonywane prace. Choć obowiązek taki nie wynikał wprost z umowy, to pozwany jako profesjonalny wykonawca winien przed przystąpieniem do prac, a nawet zawarciem umowy zbadać, na jakim podłożu będą wykonywane prace i dostosować do tego parametry konstrukcji. Skoro prowadzenie prac na ziemi urodzajnej było kardynalnym błędem w sztuce, pozwany po stwierdzeniu, że grunt taki występuje winien zainteresować się, jaka jest jego głębokość i poinformować o tym inwestora, o ile miałyby to mieć wpływ na rozmiar i wartość robót. Obowiązek taki można wyprowadzić z art. 651 k.c., a gdyby nawet zawartą przez strony umowę kwalifikować jako umowę o dzieło – z art. 634 k.c.

Sąd Okręgowy oddalając wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, nie dopuścił się naruszenia art. 217 §2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 k.p.c. Na wstępie podnieść należy, iż działanie Sądu pierwszej instancji należałoby rozpatrywać poprzez pryzmat art. 286 k.p.c., a nie powoływanych przez skarżącego przepisów. Za ugruntowany, tak w doktrynie, jak i judykaturze, uznać należy pogląd, że samo niezadowolenie strony z niekorzystnej dla niej opinii, nie uzasadnia dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2014 r., II CSK 296/13, LEX nr 1460723). Pamiętać bowiem trzeba, że dowód z dodatkowej opinii w rozumieniu art. 286 k.p.c. może być przeprowadzony jedynie w razie potrzeby. Istnienia takowej w rozpoznawanej sprawie skarżący nie wykazał. Wbrew twierdzeniom pozwanego wyjaśnienia biegłego złożone na rozprawie nie są sprzeczne z treścią opinii ustnej, a jedynie stanowią jej uzupełnienie, w związku ze zgłoszonymi zarzutami. Eksponowana w tych zarzutach oraz apelacji okoliczność różnicy 1 cm w grubości położonej nawierzchni, nie miała znaczenia dla wniosków opinii, na co słusznie wskazywał biegły. Po pierwsze, niezależnie od tego, czy warstwa miała grubość 40 cm czy 41 cm, to i tak w znacznym stopniu odbiegała od grubości umówionej, tj. 56 cm. Po wtóre, pozwany w jakimkolwiek stopniu nie uszczegółowił swojego twierdzenia o kolosalnym wpływie tej różnicy na wartość prac niezbędnych do usunięcia szkody. Zważyć przy tym należy, iż zestawienie tabelaryczne elementów warstwy wynikającej z umowy oraz ujawnionej w czasie odkrywek (tabele 5, 6 i 7) wskazuje, że deficyt występował w warstwach z tłucznia kamiennego, co do którego materiału z uwagi na jego strukturę trudno wymagać precyzji co do centymetra (frakcja kamienia 40-80 mm, 0-63 mm – k. 150). Ubocznie jedynie zauważyć należy, iż biegły oszacował koszt usunięcia wad na 108.677,94 zł brutto (88.356,05 zł netto), natomiast roszczenie powoda z tego tytułu ograniczyło się do sumy 84.363 zł.

Nie sposób również uznać za błąd biegłego braku powtórzenia w czasie rozprawy normy KR3, którą przywołał w opinii pisemnej. Biegły wyjaśnił, że odniesienie się do ww. normy było następstwem oceny umówionych parametrów nawierzchni (k. 208).

Odnosnie błędnego zdaniem apelującego zakwalifikowania całości placu do rozbiórki, przy jednoczesnym stwierdzeniu występowania wad na 30% powierzchni, uznać należy, iż wnioski biegłego w tym zakresie są jak najbardziej logiczne. Skoro bowiem podstawowym błędem przy wykonywaniu prac było nienależyte przygotowanie podłoża, to oczywistym jest, że do usunięcia wad konieczne jest zdjęcie całej nawierzchni, w celu przygotowania gruntu do dalszych prac. Przeprowadzone przez biegłego odkrywki w każdym wypadku wskazywały występowanie gleby urodzajnej. Zgłoszone w zarzutach do opinii zastrzeżenia co do miejsc odkrywek nie mogą zostać uwzględnione,

w sytuacji gdy obecny w czasie oględzin pozwany nie wskazywał nawet, aby proponował dokonywanie odkrywek w innych punktach.

Reasumując tę część rozważań, dojść należało do przekonania, że Sąd Okręgowy oddalając wniosek o dopuszczenie opinii innego biegłego nie naruszył art. 286 k.p.c., a tym bardziej przepisów powoływanych w tym zakresie przez apelującego.

W konsekwencji nie doszło także do sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Odnośnie montażu instalacji związanej z odprowadzaniem wody stronie pozwanej nie udało się wykazać, aby prace podziemne w tym zakresie miały miejsce po położeniu nawierzchni, co zresztą byłoby ze strony działaniem całkowicie nielogicznym. Z kolei kwestia późniejszego orywnowania oraz zamontowania rur spustowych w ocenie biegłego nie miała jakiegokolwiek znaczenia dla wystąpienia wad w przedmiocie umowy. Jak zostało też już wyżej podniesione, okoliczność, czy warstwa położona była cieńsza o 15 czy 16 cm była całkowicie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Poczyniona wyżej analiza zastrzeżeń skierowanych pod adresem opinii biegłego wskazuje także na bezzasadność zarzutów dotyczących się zakresu koniecznych do naprawy robót oraz miejsca występowania nierówności.

Nieskutecznie także apelacja zarzucała naruszenie art. 233 §1 k.p.c.

Ustalenie, że powód nie myje na swojej posesji płodów rolnych przed ich dostarczeniem do Spółdzielni nie było dowolne. Z zaświadczeń Spółdzielni (...) (k. 108, 129) wynika, że powód oddaje tam płody rolne. W Spółdzielni warzywa są myte, a linia technologiczna umożliwiająca ten proces istnieje od kwietnia 2009 r. Przyjęcie w tej sytuacji, przy braku jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność, że dodatkowo powód myje warzywa w swoim gospodarstwie, czemu zaprzeczył zarówno powód, jak i świadek P. P., byłoby nie tylko sprzeczne z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, ale też nielogiczne i niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego. Niezależnie od tego, biegły w czasie oględzin nie potwierdził, aby powstałe uszkodzenia były następstwem ewentualnego płukania płodów rolnych.

Wbrew zarzutowi apelującego, kwestia usunięcia drzew przed położeniem nawierzchni nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zeznania P. K. i P. P. wsparte fotografiami z prowadzonych prac (k. 202) wskazują ponad wszelką wątpliwość, że to pracownicy pozwanego usuwali drzewa. Niezależnie od tego, rzeczą pozwanego było zapoznanie się z terenem, na którym przeprowadzone miały być prace.

Prawidłowa była także ocena zeznań powoda oraz świadków P. P. i P. K.. Wskazywane przez skarżącego pewne nieścisłości nie mogą dyskwalifikować wartości dowodowej tych zeznań, w szczególności gdy nie dotyczą one okoliczności doniosłych. Apelujący powołuje się na to, że powód w czasie informacyjnego wysłuchania podał, że nie prowadził żadnych prac budowlanych ani rozbiórkowych i nie wykonywał żadnych prac poza ociepleniem budynków. Pomijając w tym miejscu nawet fakt, że z istoty wysłuchanie stron przeprowadzane w trybie art. 212 §1 k.p.c. nie ma charakteru dowodu, a jedynie służy ustaleniu istotnych okoliczności spornych oraz to, że w tym zakresie biegły oparł się jednak na zeznaniach świadków (k. 141-142), wskazania wymaga, że ww. okoliczności nie okazały się istotne dla rozstrzygnięcia. Jak bowiem wskazał biegły (k. 142), którego opinia nie została skutecznie podważona, prace te nie miały wpływu na powstanie wad. Odnośnie z kolei uprzedniej rozbiórki budynków i jej wpływu na grunt, aktualne pozostają spostrzeżenia co do istniejącego po stronie pozwanego obowiązku uprzedniego zapoznania się z miejscem wykonywania robót.

W konkluzji powyższych rozważań wszelkie zarzuty dotyczące obrazy przepisów prawa procesowego uznać należało za nieskuteczne.

Sąd pierwszej instancji nie uchybił także prawu materialnemu.

Z uwagi na podniesiony w apelacji zarzut przedawnienia roszczenia wyjaśnienia wymagał charakter umowy łączącej strony. Okoliczność ta na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego była między stronami bezsporna. Do odpowiedzi na apelację powód dołączył szereg dokumentów na okoliczność tego, że była to w rzeczywistości umowa

o roboty budowlane. Dowodów tych w powyższej sytuacji nie sposób było uznać za spóźnione w rozumieniu art. 381 k.p.c. Nie były one także kwestionowane pod kątem ich prawdziwości.

W bogatym w tym zakresie orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wskazuje się, że zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań Prawa budowlanego (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 63/11, LEX. nr 1229546). Niewątpliwie przedmiotem umowy między stronami było przedsięwzięcie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych. Zgłoszenie robót do właściwego organu administracyjnego (k. 276, 277) w trybie art. 30 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm., dalej: Prawo budowlane), sporządzenie szczegółowego przedmiaru robót oraz kosztorysu inwestorskiego (k. 278-285) przed przystąpieniem do prac świadczą bezsprzecznie o poddaniu planowanej inwestycji rygorom Prawa budowlanego. W umowie z kolei, pozwany zobowiązał się do wykonania robót m.in. zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. W ocenie Sądu Apelacyjnego w realiach rozpoznawanej sprawy nie może mieć decydującego znaczenia fakt braku projektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 13 i art. 34 Prawa budowlanego, nieprowadzenie dziennika budowy czy brak sformalizowanego nadzoru inwestorskiego. Mieć należy na uwadze bowiem, że wykonywanie robót budowlanych polegających na utwardzaniu powierzchni gruntu na działkach budowlanych, stosownie do art. 30 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 2 pkt 5 Prawa budowlanego nie wymaga pozwolenia na budowę, a co za tym idzie przedłożenia projektu budowlanego. Powód zgłaszając planowane roboty i dołączając wymagane prawem dokumenty, wyczerpał zatem spoczywające na nim jako inwestorze obowiązki na etapie postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych (art. 28 i nast. Prawa budowlanego). Z kolei charakter wykonywanych prac, a nie ich zakres, czynił zasadniczo zbędnym tak sformalizowany nadzór inwestorski, jak i prowadzenie dziennika budowy.

W konsekwencji powyższych rozważań dojść należało do przekonania, że strony, zgodnie zresztą z ich zgodnymi intencjami w tym zakresie, łączyła umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 i nast. k.c. W tej sytuacji podniesiony w apelacji zarzut przedawnienia nie mógł odnieść zamierzonego skutku, albowiem roszczenia z umowy o roboty budowlane przedawniają się wg zasad ogólnych wskazanych w art. 118 k.c. Pozew w niniejszej sprawie został wniesiony w dniu 1 grudnia 2012 r. (k. 27), a zatem termin przedawnienia nie upłynął, nawet przy przyjęciu, że roszczenie pozostaje w związku z prowadzoną przez powoda działalnością gospodarczą, co jednoznacznie wykazane nie zostało. Najwcześniejszym terminem, od którego można by było liczyć upływ przedawnienia jest dzień 3 grudnia 2009 r., kiedy to nastąpił odbiór przedmiotu umowy o roboty budowlane. Nawet jednak przy przyjęciu, że strony łączyła umowa o dzieło, zarzut przedawnienia roszczenia nie mógłby okazać się skuteczny. Jak wynika z prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego wystąpienie pierwszych wad powód stwierdził wiosną 2010 r. i niezwłocznie zawiadomił o tym pozwanego. Ten z kolei zapewnił go o tym, że wady usunie, do czego zresztą przystąpił nieskutecznie jesienią 2010 r. Po kolejnych wezwaniach powoda do usunięcia wad, strony ustaliły termin tej czynności na październik 2011 r. Pozwany terminu tego nie dochował, a po kolejnym pisemnym wezwaniu z dnia 9 stycznia 2012 r., poinformował powoda, że swoje prace wykonał należycie, a wady powstały na skutek działań powoda. W takich okolicznościach, po pierwsze, przedawnienie rozpoczęłoby bieg dopiero wiosną 2010 r. (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13, OSNC-ZD 2014/2/40); po wtóre, przystąpienie do naprawy przedmiotu umowy należałoby traktować jako niewłaściwe uznanie roszczenia w rozumieniu art. 123 §1 pkt 3 k.c. Po trzecie wreszcie, przy takim zachowaniu pozwanego, który pierwotnie zapewniał, że wady usunie, nie dotrzymywał umówionych terminów, a dopiero po ponad 2 latach kategorycznie odmówił naprawy dzieła, przerzucając odpowiedzialność na powoda, podniesienie zarzutu przedawnienia należałoby potraktować w kategoriach nadużycia prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Niewątpliwie bowiem zachowanie pozwanego naruszało zasadę uczciwości wobec kontrahenta. Choć zatem uznanie podniesienia zarzutu przedawnienia za nadużycie prawa podmiotowego ograniczyć należy do wyjątkowych sytuacji, to w ocenie Sądu Apelacyjnego taka właśnie ma miejsce w rozpoznawanej sprawie (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2004 r., I ACa 628/04, LEX nr 193666). Dodać przy tym należy, iż przepis art. 5 k.c. nie wyklucza zastosowania go przez sąd z urzędu.

Sąd pierwszej instancji nie dopuścił się również obrazy art. 471 k.c. oraz art. 577 k.c. Prawidłowy jest pogląd, że w przypadku wadliwości przedmiotu umowy, stronie (nabywcy, zamawiającemu, inwestorowi) przysługuje wybór między roszczeniami z tytułu gwarancji, rękojmi lub też roszczeniem odszkodowawczym na zasadach ogólnych (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., II CSK 602/12, OSNC-ZD 2014/2/27). Treść pozwu w rozpoznawanej sprawie nie wskazuje na to, aby powód opierał swoje roszczenie na udzielonej mu umownie gwarancji. Gwarancja jakości została uregulowana ustawowo zasadniczo przy umowie sprzedaży (art. 577 k.c.), a zatem do innych umów może być stosowana wyłącznie w drodze analogii. Nie zmienia to faktu, że nie przewiduje ona w wypadku wystąpienia wady fizycznej przedmiotu umowy, roszczenia pieniężnego. W zawartej między stronami umowie postanowiono wprawdzie w §4.4, że na wypadek nieusunięcia wad w terminie inwestor będzie uprawniony do ich usunięcia na koszt wykonawcy, ale już z samego pozwu wynika, że powód z uprawnienia tego nie skorzystał. W tej sytuacji nie mogło budzić żadnych wątpliwości to, że jego żądanie zasądzenia kwoty koniecznej do uzyskania prawidłowego stanu technicznego przedmiotu umowy jest roszczeniem odszkodowawczym opartym na zasadach ogólnych, tj. art. 471 k.c. Udowodnione zostało, że pozwany nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, a powód poniósł szkodę wyrażającą się koniecznością poniesienia kosztów naprawy wadliwie wykonanego przedmiotu robót budowlanych. Jest to niewątpliwie uszczerbek o charakterze majątkowym. W tym wypadku koszt naprawy placu manewrowego odpowiada różnicy między stanem majątkowym powoda w sytuacji, gdyby zobowiązanie wykonane zostało należycie a stanem obecnym. Nie może budzić także żadnych wątpliwości związek przyczynowy między nienależytym wykonaniem umowy przez pozwanego a powstaniem szkody u powoda. Nierówności na placu manewrowym są następstwem położenia przez wykonawcę nawierzchni o niewłaściwych parametrach i na nieprawidłowo przygotowanym gruncie. Pozwany nie udowodnił z kolei, że nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego, które po stronie powodowej ograniczyły się do wynagrodzenia będącego adwokatem pełnomocnika orzeczono na podst. art. 98 §1 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. oraz §2 ust. 3, §6 pkt 6 w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).