

Sygn. akt I ACa 629/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SO del. Bogusław Suter (spr.)
Protokolant	:	Elżbieta Niewińska

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **S.A. w B.**

przeciwko **Gminie J.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Ostrołęce

z dnia 31 marca 2014 r. sygn. akt I C 454/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka Akcyjna w B. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy J. kwoty 932.826,47 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, tytułem brakującej części wynagrodzenia za wykonane przez powoda na podstawie zawartej z pozwaną umowy z dnia 15 kwietnia 2011 roku zadanie inwestycyjne pod nazwą „Włączenie systemu komunikacyjnego w miejscowości J., S. i U. z wykorzystaniem przebudowanych w ramach (...), (...), WM i (...) dróg powiatowych i gminnych regionalnej sieci transportowej”. Domagał się też zasądzenia od pozwanej kosztów procesu.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 24 kwietnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Ostrołęce uwzględnił powództwo w całości.

W sprzeciwie od tego nakazu zapłaty pozwana Gmina J. wносиła o oddalenie powództwa w całości. Podniosła, że umowa z dnia 15 kwietnia 2011 roku jest dotknięta istotną wadą prawną, bowiem umowę tę w imieniu powoda podpisała osoba nieuprawniona. Wskazała też, że wyznaczony przez powoda kierownik robót nie nadzorował wykonywania robót, co potwierdza brak jego zapisów w dzienniku budowy. Kierownik robót ani też żadna inna osoba ze strony wykonawcy nie zgłaszali w dzienniku budowy robót podlegających zakryciu. Inspektor nadzoru inwestycyjnego zawiadomił pozwaną, że powód realizuje podbudowę drogi niezgodnie z projektem i warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót, tzn. że nie wybiera gruntu rodzimego, a zarzut ten został zgłoszony przedstawicielowi powoda Z. W. z żądaniem wymiany gruntu. Powód usiłował wymusić na pozwanej odbiór robót w dniu 14 października 2011 roku, pomimo niezakończenia robót składających się na przedmiot zamówienia, braku zgłoszenia kierownika budowy o gotowości do odbioru, braku dokumentacji powykonawczej, w tym geodezyjnej podwykonawcy, braku atestów zabudowanych materiałów, braku oryginału dziennika budowy, braku oświadczenia kierownika budowy, braku protokołu z badań i sprawdzeń. Pozwana wskazała też, że w czasie budowy nawierzchni ściernej zwrócono uwagę powodowi, że mieszanka bitumiczna dostarczana jest na budowę „zimna”, stąd rozłożenie jej na podłożu było nierównomierne. Wobec braku reakcji powoda na uwagi o wadliwości wykonania warstwy ściernej drogi pozwana zleciła wykonanie badań laboratorium drogowemu (...) w L., a ich wyniki przekazała powodowi z żądaniem usunięcia wad (nierówna, a w niektórych miejscach mniejsza od projektowanej warstwa ścierna drogi). Wobec odmowy powoda usunięcia istotnych wad w wykonaniu drogi (wadliwa podbudowa oraz wadliwie wykonana warstwa ścierna drogi) oraz innych wad udokumentowanych przez pozwaną na zdjęciach fotograficznych, jak też braku faktycznego zgłoszenia gotowości do odbioru i dokumentów potrzebnych pozwanej do zgłoszenia obiektu do użytkowania, pozwana nie powołała komisji odbioru końcowego. W listopadzie 2011 roku powód na żądanie pozwanej przesłał część brakujących dokumentów, ale bez oświadczenia kierownika budowy, o którym mowa w art. 57 ustawy Prawo budowlane. Złożone przez powoda dokumenty potwierdzające jakość wykonania nie budzą wątpliwości. Pozwana zapłaciła powodowi wynagrodzenie za roboty, które nie były jawnie wadliwe. Pozwana odmówiła jednak zapłaty za roboty wykonane niezgodnie z projektem, umową i zasadami wiedzy technicznej (wady podbudowy i nawierzchni ściernej drogi). Roboty, za które pozwana nie zapłaciła były dotknięte wadą trwałą i dlatego pozwana żądała ich ponownego wykonania. Powód, pomimo, że pozwana odmawiała przyjęcia robót dotkniętych wadami trwałymi, przeprowadził tzw. odbiór jednostronny, a w treści protokołu z tego odbioru zaprzeczył oczywistym faktom udokumentowanym przez nadzór inwestorski, projektanta i laboratorium drogowe z L.. Pozwana w rozmowach z przedstawicielem powoda Z. W. zwracała uwagę na brak nadzoru nad robotami przez nadzór techniczny powoda, wadliwie wykonane podłoże drogi, złą jakość mieszanki bitumicznej dostarczanej przez powoda na budowę warstwy ściernej, złą jakość innych robót składających się na przedmiot zamówienia, jednocześnie przekazując przedstawicielowi powoda zdjęcia fotograficzne. Pozwana zaprzeczyła, że użytkuje przedmiotową drogę i wskazała, że zgodnie z umową to na powodzie spoczywa obowiązek dozoru terenu budowy aż do momentu zakończenia budowy i przekazania terenu pozwanej. Powód nie przekazał pozwanej wszystkich dokumentów koniecznych do zgłoszenia obiektu do użytkowania. Obiekt w postaci drogi z istotnymi wadami jak: wadliwa podbudowa drogi i warstwa ścierna jezdni, nie kwalifikuje się do odbioru, a tym samym do zgłoszenia wadliwie wykonanego obiektu do użytkowania. Jednocześnie pozwana wskazała, że powód odmawiając usunięcia wad w przedmiocie zamówienia, a przez to nie dotrzymując terminu zakończenia robót, pozbawił pozwaną dotacji na budowę przedmiotowej drogi, co będzie przedmiotem odrębnego pozwu o odszkodowanie.

Wyrokiem z dnia 31 marca 2014 roku Sąd Okręgowy w Ostrołęce zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 908.940,16 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie postępowanie umorzył, zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 69.434 złote tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym 7.217 złotych tytułem kosztów zastępstwa prawnego.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Powód (...) Spółka Akcyjna w B. na podstawie umowy z dnia 15 kwietnia 2011 zawartej z pozwaną Gminą J. zobowiązał się do wykonania zadania inwestycyjnego pod nazwą „Włączenie do systemu komunikacyjnego miejscowości: J., S. i U. z wykorzystaniem przebudowanych w ramach (...), (...), WM i (...) dróg powiatowych i gminnych - do regionalnej sieci transportowej”. Przedmiotem wykonania miała być przebudowa drogi o długości 2.336,95 m, budowa chodnika o długości 812 m, budowa 111 zjazdów i budowa 52 miejsc postojowych. Rozpoczęcie robót miało nastąpić nie później niż 14 dni od podpisania umowy, a zakończenie do dnia 30 września 2011 roku. Zakres prac wiążący wykonawcę został określony szczegółowo kosztorysem robót, który stanowił integralną część umowy. Wartość robót wraz z podatkiem VAT została określona na kwotę 1.936.301,66 złotych (1.574.228,99 złotych netto). W umowie ustalono też, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru robót wpisem do dziennika budowy potwierdzonym przez inspektora nadzoru, a jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady i usterki dające się usunąć, zamawiający może przerwać czynności odbiorowe do momentu usunięcia tych wad. Według umowy wszelkie czynności podczas dokonywania odbioru jak i terminy wyznaczone do usunięcia usterek i wad miały być zawarte w protokole odbioru podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli obu stron. O fakcie usunięcia wad i usterek wykonawca miał zawiadomić zamawiającego, żądając jednocześnie wyznaczenia terminu odbioru w zakresie uprzednio zakwestionowanym jako wadliwym. Rozliczenie miało odbyć się najwyżej dwiema fakturami częściowymi za wykonany zakres prac, z uwzględnieniem terminów (rozpoczęcia i zakończenia) potwierdzonych przez inspektora nadzoru i podpisanych przez kierownika budowy. Rozliczenie końcowe miało nastąpić po wystawieniu końcowej faktury na podstawie protokołów odbiorów końcowych przedmiotu umowy i usunięciu usterek po zakończeniu ostatniego etapu robót.

Inwestycja miała być finansowana częściowo ze środków pozwanej, a częściowo z pozyskanych na ten cel dotacji unijnych dystrybuowanych w ramach wieloletniego ministerialnego projektu „Narodowego Programu P. (...) 2008-2011”. Pozwana przed podpisaniem kontraktu z powodem wystąpiła z wnioskiem do Wojewody (...) o udzielenie jej dofinansowania. Na podstawie umowy z dnia 17 marca 2011 roku pozwana uzyskała dofinansowanie środkami pochodzącymi z budżetu państwa w kwocie 1.630.000 złotych, zaś wkład własny pozwanej miał wynieść 1.637.000 złotych. Wypłata dotacji miała nastąpić po realizacji całego projektu lub poszczególnych jego etapów wynikających z przyjętego harmonogramu oraz weryfikacji przez Wojewodę (...) przedłożonego przez beneficjenta wniosku o wypłatę i załączonych do niego stosownych dokumentów. Dotacja musiała być wykorzystana do dnia 31 grudnia 2011 roku. W razie stwierdzenia nieterminowej realizacji projektu (lub jego etapu) Wojewoda (...) mógł wstrzymać wypłatę dotacji na realizację danego etapu projektu, a także wypłatę kolejnych rat dotacji, do czasu złożenia przez beneficjenta odpowiednich wyjaśnień lub usunięcia przyczyn nieterminowej realizacji.

W dniu 12 kwietnia 2011 roku Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji przyjął projekt przebudowy tego odcinka komunikacyjnego do realizacji w kwocie stanowiącej treść umowy wykonawczej z dnia 17 marca 2011 roku. Następnie Wojewoda (...) w liście wniosków z dnia 18 kwietnia 2011 roku wniósł o obniżenie dotacji dla pozwanej, a Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji zatwierdził ten wniosek. Na tej podstawie w dniu 15 maja 2011 roku pozwana i Wojewoda (...) podpisali aneks do umowy wykonawczej, w której Wojewoda (...) zobowiązał się do przekazania pozwanej kwoty 977.648 złotych, przy udziale własnym pozwanej w kwocie 982.267,09 złotych. W konsekwencji tej decyzji dofinansowanie ze środków budżetowych zmniejszyło się o 652.352 złote.

Powód przystąpił do realizacji pierwszego etapu prac przedsięwzięcia zgodnie z załączonym do umowy wykonawczej harmonogramem rzeczowo-finansowym. W dniu 29 lipca 2011 roku pozwana skierowała wniosek do Wojewody (...) o wypłatę pierwszej płatności w kwocie 815.833,49 złotych netto, załączając ten sam harmonogram. Na dzień jego złożenia pozwana określiła, że zaawansowanie robót wynosi około 81%, szczegółowo określając poszczególne rodzaje prac. We wniosku wskazano również, że pozwana opłaciła fakturę do wysokości środków własnych tj. w kwocie 502.941,77 złotych, a także, iż wydatki są zgodne z umową o dofinansowanie, poszczególne terminy realizacji inwestycji rozciągnęły się w czasie, a wynika to z tego, że wykonawca realizuje inwestycję etapami, tzn. realizuje kompleksowo projekt ulicami (z wyjątkiem nawierzchni asfaltowej, która zostanie rozścielona na koniec robót drogowych), aby nie blokować mieszkańcom dostępu do nieruchomości, a docelowo cała inwestycja zakończy się

wcześniej niż to przewiduje harmonogram rzeczowo-finansowy inwestycji. Złożona przez powoda faktura została zaakceptowana przez służby finansowe pozwanej i zgodnie z tym wypłacono powodowi częściowe wynagrodzenie.

Po zapłacie częściowego wynagrodzenia powód kontynuował prace budowlane na przebudowywanym odcinku dróg. W dniu 12 sierpnia 2011 roku z udziałem przedstawicieli obu stron, w tym podwykonawcy oraz pracownika pozwanej stwierdzono w notatce służbowej, iż w trakcie prac budowlanych uległo zniszczeniu 18 studzienek kanalizacyjnych, były one połamane, brak było na nich pierścieni uszczelniających, były one zasypane tłuczniem i elementami rur teleskopowych, co skutkowało brakiem odpływu ścieków. W związku z tym K. G. - inspektor nadzoru z ramienia pozwanej zalecił natychmiastowe usunięcie tych usterek. W dniu 1 września 2011 roku ponownie stwierdzono uszkodzenie studzienek kanalizacyjnych i ich zanieczyszczenie. Tym razem w notatce służbowej zostały wyszczególnione ulice, w obrębie których stwierdzono uszkodzenie i zanieczyszczenie studzienek kanalizacyjnych. W notatce tej ustalono, że podwykonawca w dniu 2 września 2011 roku dokona płukania kanalizacji na całym osiedlu z pomocą W., zaś wszelkie zanieczyszczenia zostaną wybrane na poszczególnych węzłach.

W dniu 29 września 2011 roku powód zgłosił pozwanej zakończenie prac budowlanych. Strony ustaliły, że przeprowadzą częściowy odbiór robót, po to by końcowy odbiór odbył się już bezusterkowo. Odbiór ten wyznaczono na 14 października 2011 roku. W protokole odbioru częściowego stwierdzono usterki, które powód zobowiązany był usunąć, a polegało to na wymalowaniu przejścia dla pieszych farbą fluorescencyjną, zamontowaniu zaczepów przy słupkach, poprawieniu ogrodzenia przy ośrodku zdrowia i przedszkolu, przebudowie jednego zjazdu na działkę w ul. (...), uszczelnieniu masy asfaltowej zakończenia jezdni ul. (...). Usunięcie usterek miało nastąpić do dnia 28 października 2011 roku. Po usunięciu usterek powód wezwał pozwaną do dokonania odbioru końcowego. W odpowiedzi pozwana pismem z dnia 7 listopada 2011 roku zażądała dostarczenia brakujących „dokumentów odbiorowych”: uzupełnienia inwentaryzacji geodezyjnej, dziennika budowy, dokumentacji powykonawczej, uzupełnienia atestów na wbudowane materiały, oświadczeń kierownika budowy, wyników pomiarów i badań laboratoryjnych właściwości materiałów warstwy nawierzchni wiążącej i ścieralnej. Jednocześnie pismem z dnia 16 listopada 2011 roku pozwana wezwała powoda do natychmiastowego przystąpienia i usunięcia wad ujawnionych w czasie przeglądów technicznych (przedodbiorowych), przy czym w piśmie tym pozwana odniosła się do bliżej nieokreślonych wad, wskazując, że ich nieusunięcie może spowodować odstąpienie od umowy, a jednocześnie, że oczekuje na reakcję powoda do dnia 30 listopada 2011 roku. Podstawą tak radykalnego stanowiska pozwanej były prywatne ekspertyzy wykonane na jej zlecenie przez laboratorium (...) w L., mające stwierdzić niewłaściwą grubość warstwy ścieralnej asfaltu. W odpowiedzi w piśmie z dnia 22 listopada 2011 roku powód stwierdził, że wszelkie usterki usunął, a dokumenty przesłał pozwanej przy piśmie z dnia 18 listopada 2011 roku, zaś w zakresie zakwestionowanej przez pozwaną jakości wbudowanej mieszanki bitumiczno-mineralnej podał, że odpowiada ona polskim normom oraz recepturze PN-S- (...) wg kat.KR 1-2. Jednocześnie powód jeszcze raz wezwał pozwaną do dokonania odbioru, wskazując, że w przeciwnym razie dokona jednostronnego odbioru robót. Z pismem tym powód przesłał protokół pobrania próbek mieszanki mineralno-bitumicznej wykonanych przez własne laboratorium, z którego wynika, że masa została nałożona zgodnie z przywołaną normą.

Pozwana nie stawiała się na termin końcowego odbioru w dniu 8 grudnia 2011 roku, w którym wzięli udział powiązani z powodem Z. W., Z. K. (1), E. S. i Z. K. (2). W protokole tym stwierdzono zgodność wykonanych robót z dokumentacją, dziennikiem budowy i obmiarami. Jako wartość kontraktu do odbioru ostatecznego wskazano 1.574.228,99 złotych. Powód wystawił fakturę na kwotę 932.826,47 złotych, która nie została opłacona przez pozwaną. Pozwana zrezygnowała z dotacji i zwróciła Wojewodzie (...) przekazane na ten cel środki.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji wskazał, że zgodnie z art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest odebranie robót budowlanych, a inwestor winien do niego przystąpić po zawiadomieniu go przez wykonawcę o zakończeniu robót i przedstawieniu ich do odbioru. Odbiór robót z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych Sąd I instancji zaznaczył, że obowiązek odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane przez

inwestora istnieje w oderwaniu od jakości wykonanych robót. Odmowa odbioru robót jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Wady istotne, które uniemożliwiają korzystanie z obiektu budowlanego zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oznaczają bowiem, że przedmiot umowy o roboty budowlane nie został wykonany.

Celem ustalenia, czy wykonane przez powoda roboty dotknięte były wadami istotnymi Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii Instytutu (...).

Przed sporządzeniem opinii Instytut (...) w oparciu o wizję lokalną z dnia 21 marca 2013 roku przeprowadzoną z udziałem przedstawicieli pozwanej i powoda oraz na podstawie dokumentacji sporządził raport dotyczący możliwości zajęcia stanowiska w sprawie oraz określający zakres potrzebnych badań dodatkowych.

Z raportu tego wynika, że zapisy dokumentacji projektowo-kosztorysowej nie pozwalają na jednoznaczne określenie obowiązku wykonawcy wykonania dodatkowej warstwy podłoża i grubości tej warstwy, jeżeli została wykonana, bowiem grubość takiej warstwy podana w dokumentacji projektowo-kosztorysowej jest w przedziale od 0 do 20 cm (0 - 35 cm dla chodników). Konieczność wymiany gruntu w podłożu istnieje w sytuacji występowania w podłożu gruntów wysadzinowych lub wątpliwych, a stwierdzić to można poprzez odwierty badawcze podłoża (brak informacji o wykonaniu takich w trakcie procesu projektowego) lub w trakcie budowy poprzez badania na miejscu i ewentualne zalecenia sformułowane przez projektanta lub inspektora nadzoru. Nie znaleziono jednak zalecenia takich czynności w dzienniku budowy. Obecnie nie ma więc możliwości jednoznacznego stwierdzenia uchybień wykonawcy w tym zakresie. Wykonywanie dodatkowych badań w tym zakresie nie jest celowe.

W odniesieniu do zastrzeżenia pozwanej dotyczącego niewystarczającej grubości warstw bitumicznych oraz zagęszczenia warstwy ścieralnej w raporcie wskazano, iż inspektor nadzoru nie dokonywał w trakcie robót żadnych wpisów do dziennika budowy, ani też nie zabezpieczał próbek. Problem ten można rozstrzygnąć poprzez wykonanie otworów kontrolnych w warstwach asfaltowych przez laboratorium badawcze, które posiada akredytację. Ze względu na fakt, że powołane w szczegółowych specyfikacjach technicznych (...) norma PN- (...) oraz Zeszyt (...) nr 64, według których wykonywano i skontrolowano prace asfaltowe, nie są najnowszymi normami, a aktualne Normy (...) posiadające status Polskiej Normy w rozumieniu Polskiego Komitetu Normalizacyjnego są z nimi sprzeczne, obecnie nie ma możliwości wykonania przytoczonych w (...) badań według procedur akredytowanych. Zalecono zatem zlecenie wykonania badań w laboratorium posiadającym doświadczenie i akredytację w zakresie badań asfaltów i badań mieszanek mineralno-asfaltowych oraz wykonanie następujących badań według następujących procedur: odwiercenie 20 próbek z nawierzchni według normy PN-EN 1269727:2005*, zbadanie wskaźnika zagęszczenia 20 warstw według normy PN- (...) i Zeszytu (...) nr 64, zbadanie grubości warstw w 20 odwiertach według PN-EN 1269736:2005*. Biorąc pod uwagę rozległość robót oraz konieczność uzyskania odpowiedniego materiału do statystycznej oceny wskazano, że liczba odwiertów powinna wynosić nie mniej niż 20 sztuk. Odwierty powinny być wykonywane w śladzie prawego koła (około 50-70 cm od krawędzi jezdni).

W opinii Instytutu (...) wskazano, że we wcześniejszym raporcie tego Instytutu podano, iż na skutek niezgodności co do potrzeby wymiany nasypu niekontrolowanego na grunt niewysadzinowy oraz grubości warstwy wymienianego gruntu, występujących w dokumentacji projektowo-kosztowej, przy braku wpisów w dzienniku budowy co do konieczności wykonania wymiany gruntu, nie ma podstaw do jednoznacznego określenia obowiązku wykonawcy wykonania dodatkowej warstwy podłoża i grubości tej warstwy, gdyby była wykonywana. Żadna ze stron nie zakwestionowała potem tej konkluzji z raportu, w wyniku czego Sąd zlecił wykonanie dodatkowych badań szczegółowych jedynie w odniesieniu do warstw bitumicznych (asfaltowych)..

W odniesieniu do użycia emulsji asfaltowej do zabezpieczenia krawędzi nawierzchni asfaltowej w opinii Instytutu (...) stwierdzono, że jest to prawidłowa technologia zabezpieczenia takich krawędzi. Ta kwestia była zresztą wyjaśniona przez przedstawicieli powoda w czasie wizji lokalnej w dniu 21 marca 2013 roku i nie była później podnoszona

przez pozwaną. Podczas wizji lokalnej dokonanej w dniu 31 lipca 2013 roku nie stwierdzono uszkodzeń krawędzi i nawierzchni jezdni.

W opinii Instytutu (...) zaznaczono również, że celem rozstrzygnięcia kwestii grubości i zagęszczenia warstw asfaltowych w raporcie z dnia 18 kwietnia 2013 roku zaproponowano pobranie 20 próbek tych warstw oraz laboratoryjne określenie ich grubości i wskaźnika zagęszczenia. W trakcie wizji lokalnej pracownicy Instytutu (...) wykonali 20 odwiertów w nawierzchniach ulic będących przedmiotem powództwa i pobrali 20 próbek walcowych o średnicy 150 mm jako materiał do badań laboratoryjnych. Pobieranie próbek odbywało się pod nadzorem pracowników Instytutu (...) w obecności przedstawicieli powoda i pozwanego, a nikt nie zgłosił zastrzeżeń do lokalizacji i sposobu pobierania próbek, ani żadnych innych zastrzeżeń. W Instytucie (...) wykonano pomiary grubości oraz sprawdzono wskaźniki zagęszczenia warstwy ścieralnej (górnej) i warstwy wiążącej (drugiej od góry) nawierzchni na 20-tu pobranych próbkach. Zgodnie z dokumentacją projektową grubość warstwy ścieralnej nawierzchni powinna wynosić 4 cm (40 mm), grubość warstwy wiążącej także powinna wynosić 4 cm (40 mm), zaś łączna grubość tych warstw 8 cm (80 mm). Zgodnie ze Szczegółową specyfikacją techniczną nr D-05.03.05 grubość wykonanej warstwy nie powinna różnić się od zaprojektowanej więcej niż o 10%, to jest o 4 mm w odniesieniu do warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej oraz o 8 mm w odniesieniu do obu tych warstw łącznie. Średnia grubość warstwy ścieralnej w 20 próbkach wynosi 40,6 mm, średnia grubość warstwy wiążącej w 19 próbkach wynosi 40,2 mm, a średnia grubość obu tych warstw łącznie w 19 próbkach wynosi 80,6 mm (uzasadniono też odrzucenie z analizy jednej próbki). Analiza statystyczna wykazała, że nie ma podstaw do twierdzenia, że grubości poszczególnych warstw i obu warstw łącznie istotnie różnią się od grubości wymaganych. Zarzut pozwanej o niedostatecznej grubości wbudowanej warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej jest generalnie bezpodstawny. Odchyłki rzeczywistych grubości wykonanych warstw ścieralnych wynoszą od -5 mm (warstwa zbyt cienka) do +10 mm (warstwa zbyt gruba), przy dopuszczalnych odchyłkach ± 4 mm. Odchyłki rzeczywistych grubości wykonanych warstw wiążących wynoszą od -11 mm (warstwa zbyt cienka) do +19 mm (warstwa zbyt gruba), przy dopuszczalnych odchyłkach ± 4 mm. Podkreślono przy tym, że odchyłki ujemne przekraczające wartości dopuszczalne (oznaczające warstwy zbyt cienkie) mogą mieć negatywny wpływ na trwałość nawierzchni, natomiast odchyłki dodatnie (oznaczające warstwy grubsze niż wymagane) takiego negatywnego wpływu mieć nie powinny. W przypadku nawierzchni będącej przedmiotem opinii zbyt mała grubość jednej z warstw może zostać zrekompensowana zwiększoną grubością drugiej warstwy, ponieważ wbudowane w nawierzchnię mieszanki mineralno-asfaltowe są rodzajowo podobne i zastosowano w nich takie samo lepiszczce asfaltowe. Dlatego przy całościowej ocenie nawierzchni kluczowe znaczenie mogą mieć odchyłki grubości obu warstw asfaltowych łącznie, a nie pojedynczych warstw. Wahają się one od -12 mm do +17 mm przy dopuszczalnych odchyłkach ± 8 mm. Biorąc pod uwagę niepewność pomiaru grubości, deklarowaną przez akredytowane laboratorium Instytutu (...), wynosząca $\pm 1,4$ mm, przyjęto, że ujemną odchyłkę łącznej grubości obu warstw asfaltowych wynoszącą co najmniej 10 mm można uznać za potencjalnie szkodliwą. Takie odchyłki wystąpiły w dwóch próbkach: nr 7 na ulicy (...) (odchyłka -11 mm) i nr 19 na ulicy (...) (odchyłka -12 mm). Mogą one, lecz nie muszą, mieć negatywny wpływ na trwałość nawierzchni w tych miejscach. Generalnie nawierzchnie zostały wykonane dobrze, mają dobre i bardzo dobre zagęszczenia, a wykonawca robót wbudował wymagane ilości mas asfaltowych. Zbadane wskaźniki zagęszczenia warstwy ścieralnej wynoszą od 99,8% do 102,3% (100% to maksymalny wskaźnik zagęszczenia uzyskiwany w znormalizowanych warunkach laboratoryjnych), przy minimalnej wartości dopuszczalnej wynoszącej 98% (wymaganie wynikające ze Szczegółowej specyfikacji technicznej nr D-05.03.05). Zbadane wskaźniki zagęszczenia warstwy wiążącej wynoszą od 98,4% do 103,9%, przy minimalnej wartości dopuszczalnej także wynoszącej 98%. We wszystkich przypadkach rzeczywiste wskaźniki zagęszczenia przekraczają wartości wymagane. Obie warstwy asfaltowe są dobrze i bardzo dobrze zagęszczone we wszystkich przebadanych miejscach.

Ostatecznie w opinii Instytutu (...) wskazano, że nawierzchnie asfaltowe należy generalnie uznać za wykonane poprawnie pod względem własności będących przedmiotem powództwa, w tym takich jak grubość i zagęszczenie. Inwestycja drogowa niewątpliwie nadaje się do wykorzystania jako droga publiczna. Wskazane wady nie nadają się do usunięcia, a wartość obniżenia wartości zamówienia ogranicza się do wartości symbolicznych. Wartość tę można określić np. jako 3-5% wynagrodzenia wykonawcy robót (powoda) za wykonanie warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej, ze względu na zbyt małe łączne grubości tych warstw wykryte w dwóch lokalizacjach. Obniżenie

wynagrodzenia nie powinno dotyczyć wartości czynności pomocniczych przy wykonywaniu warstw asfaltowych (jak np. oczyszczenie i skropienie podłoża pod te warstwy), których wykonanie nie było kwestionowane przez pozwanego.

Sąd I instancji zaznaczył, że żadna ze stron nie kwestowała opinii, tak w zakresie badań będących jej podstawą, jak i w zakresie wniosków. Pozwana w piśmie z dnia 7 listopada 2013 roku, poza własnymi spostrzeżeniami, nie przedstawiała istotnych zarzutów do opinii Instytutu (...) i nie zgłosiła stosownych wniosków.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód także przedłożył dokumentację własnych wyników laboratoryjnych, jakie atesty i certyfikaty zastosował przy wykonaniu zadania inwestycyjnego, a są one zbieżne z wynikami opinii Instytutu (...). Zresztą wyniki te w większym zakresie nie odbiegają od ekspertyzy laboratorium w L., któremu pozwana zleciła pobranie i zbadanie próbek nawierzchni.

Dalej Sąd Okręgowy zaznaczył, że świadek Z. K. (2) pełniący obowiązki kierownika kontraktu zeznał, iż nic mu nie wiadomo, by pozwana zgłaszała zastrzeżenia do podbudowy drogi, czy warstwy ścieralnej. Świadek ten potwierdził naprawę uszkodzonych studzienek kanalizacyjnych przez zgłoszeniem robót do odbioru oraz deklarację powoda, że naprawi łuszczącą się podmurówkę ogrodzenia. O zarzutach pozwanej postawionych w oparciu o własne próbki odwiertów świadek dowiedział się w listopadzie 2011 roku. Zaprzeczył, by roboty zostały wykonane wadliwie.

Świadek Z. K. (1) - kierownik budowy, prowadzący dziennik budowy oświadczył, że oryginał tego dokumentu został przesłany pozwanej wraz z żadaną dokumentacją. Z jego relacji wynika, że przez cały czas budowy nie było żadnych zastrzeżeń co do użytych materiałów i jakości robót. W protokole końcowym pojawiły się cztery usterki, które zostały usunięte przed końcowym zgłoszeniem prac do odbioru, które zgłosił wpisem w dzienniku budowy. Od tego momentu pojawiły się zastrzeżenia, wcześniej nikt nie zgłaszał ich co do podbudowy i warstwy ścieralnej. Zdaniem świadka zarzut zimnej masy bitumicznej był chybiony ze względu na możliwość podgrzania jej przez specjalistyczny sprzęt, w którym ją przywieziono.

Z zeznań świadka W. P. - inspektora nadzoru z ramienia inwestora wynika, że do części robót nie było zastrzeżeń. Roboty trwały, a inwestor wystąpił do laboratorium o wykonanie próbek masy asfaltowej nawierzchni. W badaniach tych wyszło, że w jednej próbce było za cienko masy. Świadek nie spostrzegł żadnych nieprawidłowości, ani odstępstw w stosunku do umowy, oprócz warstwy mrozoodpornej. Świadek stwierdził, że grunt rodzimy jest taki sam jak ten, który zostałby przywieziony z ukopu, więc nie było potrzeby go przewozić i narażać się na koszty. Świadek uzgodnił z pozwaną i powodem, że grunt rodzimy może stanowić warstwę mrozoodporną. Później szła podbudowa z kruszywa, były wstawiane krawężniki. Świadek wskazał, że nie wie dlaczego pozwana nie chce zapłacić powodowi. Zaznaczył, że może jedna próbka była za cienka, ale w pozostałych było w miarę dobrze. Wykonawca na własny koszt powymieniał pokrywy studzienek. Świadek podał też, że jego podpis pod wpisami kierownika budowy oznaczał akceptację wykonanych robót bez zastrzeżeń co do jakości. Świadek miał obowiązek dokonać wpisów, że roboty zostały wykonane niezgodnie z projektem, a takich wpisów nie robił. Wykonanie podłoża z gruntu rodzimego w tym wypadku nie miało wpływu na konstrukcję drogi. Taka sama ziemia byłaby z ukopu, akurat tam występują złoża piasku. Świadek był przy odbiorze robót w dniu 14 października 2011 roku i wskazał, że opisane w protokole usterki zostały usunięte w terminie. Stwierdził, że gdyby dziś podpisywał protokół, to wpisałby uwagi o grubości nawierzchni i ogrodzeniu, pozostałe roboty przyjąłby. Według niego dziennik budowy znajdował się w dyspozycji wykonawcy, a po zakończeniu robót oryginał powinien być u pozwanej. Gdyby miał dostęp do dziennika, to dokonałby wpisu, że roboty zostały zakończone.

Świadek R. Z. zeznał, że miał wziąć udział w spotkaniu z udziałem inspektora nadzoru inwestorskiego i przedstawicieli wykonawcy, lecz żadna ze stron nie stawiła się. Przy okazji obejrzał prawie zakończony teren budowy. Zauważył kilka różnic pomiędzy zrealizowanymi robotami, a projektem, nie wpisał ich jednak do dziennika budowy, gdyż inwestor nim nie dysponował. Kolejne spotkanie odbyło się i spisano notatki przy udziale inwestora i wykonawcy. Dotyczyły one odwodnienia terenu inwestycji, likwidacji zastoisk wody i ustawienia krawężnika przy ul. (...). To nie były istotne odstępstwa od projektu. Chodziło jeszcze o wykonanie muld drogowych. W projekcie wyraźnie napisano, że nie wymieniamy podłoża tylko te tzw. nasypy niebudowlane. Pozostawienie nasypów może być przyczyną odkształceń

nawierzchni, ale świadek nie wiedział, czy nasypy zostały zabrane. Zazaczył, że gdyby widział, że coś jest niezgodne z projektem to by oponował.

Także świadek K. G. wskazał na stwierdzone usterki, ale zazaczył, że usunięto je w terminie. Podał też, że nie kwestionowano jakości robót, na które wystawiono pierwszą fakturę. Zniszczone studzienki i krawężniki zostały usunięte jeszcze przed spisaniem protokołu w dniu 14 października 2011 roku. Świadcowi nie są znane są przyczyny odstąpienia przez pozwaną od umowy.

W konsekwencji Sąd Okręgowy wskazał, że choć w wykonanych przez powoda robotach wystąpiły usterki, jak np. łuszcząca się podmurówka, które powód jest zobowiązany usunąć, ale nie są to wady, które uzasadniają przyjęcie, że powód nie wykonał robót zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, nie są to wady na tyle istotne, że wykonany przez powoda obiekt nie nadaje się do użytkowania. Powód zgodnie z wpisem do dziennika budowy zakończył swoje prace budowlane w dniu 30 września 2011 roku zgłaszając gotowość odbioru, a potwierdza to także protokół z dnia 14 października 2011 roku, nazwany „protokołem częściowym”, ale spełniającym wszelkie wymogi protokołu końcowego.

W ocenie Sądu pozwana nie mogła również skutecznie zarzucić, że nie otrzymała od powoda dokumentacji powykonawczej, skoro do akt sprawy złożyła poświadczona za zgodność z oryginałem dokumenty poodbiorowe, w tym dziennik budowy. Uprawnia to do przyjęcia, że dokumentacja została przekazana pozwanej przy piśmie powoda z dnia 18 listopada 2011 roku, zgodnie z jej żądaniem.

Pozwana z uwagi na to, że wykonane przez powoda roboty były dotknięte usterkami, mogła żądać choćby stosownego obniżenia wynagrodzenia. Pozwana nie zgłosiła jednak takiego żądania, nie mówiąc już o wykazaniu jego zasadności. Pozwana nie mogła jednak odmówić odbioru wykonanych przez powoda robót, skoro nie były one dotknięte wadami istotnymi, a tym samym pozwana nie mogła odmówić zapłaty powodowi brakującej części wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty budowlane. Pozwana, która faktycznie użytkuje wykonane przez powoda roboty nie może odmówić powodowi wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że roboty te są dotknięte wadami wykonawczymi.

W ocenie Sądu pozwana w żaden sposób nie udowodniła kolejnych wad wykonanych przez powoda robót. Zdaniem Sądu I instancji pozwana, która na skutek swojego nieracjonalnego postępowania straciła dotacje z budżetu państwa, nie mogąc unieść ciężaru inwestycji mnożyła przyczyny uzasadniające odmowę zapłaty powodowi za wykonane przez niego roboty budowlane.

Mając na uwadze, że powód z uwagi na opinię Instytutu (...) cofnął pozew co do kwoty 23.886,31 złotych, odpowiadającej 5% wartości ceny za wykonanie warstwy ścieralnej i wiążącej określonej na kwotę 477.726,25 złotych, zaś pozwana nie kwestionowała ani zasady ani wysokości ograniczonej części roszczenia, Sąd I instancji zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 908.940,16 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, umarzając postępowanie w pozostałym zakresie.

Sąd Okręgowy na podstawie art. 98 k.p.c. obciążył pozwaną kosztami procesu, wskazując, że obejmują one opłatę od pozwu, koszty dojazdów świadków oraz koszty opinii Instytutu (...), a także wynagrodzenie pełnomocnika powoda, ustalone zgodnie ze stawkami przewidzianymi w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 roku, poz. 461).

Powyższy wyrok w części uwzględniającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu zaskarżyła apelacją pozwana, zarzucając:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

1. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 232 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nierozpatrzenie wszystkich twierdzeń, zarzutów i wniosków dowodowych pozwanej, a w tym pominięcie zeznań świadków zgłoszonych

przez pozwaną (projektanta), części zeznań inspektora nadzoru w zakresie twierdzeń o nieprzewodzeniu dziennika budowy przez kierownika budowy i niezgłaszaniu robót ulegających zakryciu (wymiana gruntu), zgłaszania faktu nieprawidłowego prowadzenia robót w zakresie wymiany gruntu, położenia warstw bitumicznych, pominięcie wpisów (bądź ich braku) w dzienniku budowy; pominięcie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej robót dokumentacji geotechnicznej, w zakresie wymiany gruntu, grubości warstw bitumicznych; co stanowiło także pominięcie części materiału dowodowego, a w konsekwencji naruszenie zasady wszechstronnego rozpatrzenia całego materiału dowodowego, przy czym brak w tym zakresie wyrażenia stanowiska w uzasadnieniu wyroku,

2. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. polegające na przekroczeniu zasad swobodnej oceny dowodów i nieuprawnione przyjęcie, że dokumentacja projektowa nie określała obowiązku i zasad wymiany gruntu, podczas gdy obowiązek ten wynikał z dokumentacji projektowej; przyjęcie na podstawie średnich pomiarów statystycznych, że powód wykonał prawidłową grubość warstw bitumicznych oraz warstw ścieralnych, podczas gdy reprezentatywne pomiary wykazywały wartości poniżej dopuszczalnych, co stanowi o wadliwości warstw bitumicznych; sprzeczne z dokumentacją projektową i wynikami pomiarów ustalenie, że droga nadaje się do użytkowania, a wady nie mają charakteru istotnego,

3. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c. poprzez:

- dokonanie nieprawidłowego ustalenia, że protokół jednostronny sporządzony przez powoda stanowi protokół odbioru robót, podczas gdy z treści dokumentacji projektowej, wyników i analizy pobranych do badania próbek wynika, że stwierdzone wady stanowią, iż roboty zostały wykonane sprzecznie z obowiązującymi przepisami prawa, dokumentacją projektową, sztuką budowlaną, a ponadto roboty nie zostały ukończone (ogrodzenie),

- przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że niejasność dokumentacji projektowej nie pozwalała na wykonanie opinii biegłych w zakresie prawidłowości wykonania wymiany ziemi,

- nieuzasadnione przyjęcie, że powód usunął wady i usterki robót, podczas gdy ze zgłoszonych jako dowód zdjęć wynika, że usterki te nie zostały usunięte,

- przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że odbiór przedmiotu umowy może być skuteczny przy istnieniu wad w zakresie grubości powłok bitumicznych i warstwy ścieralnej, pomimo tego, że jest to sprzeczne z przepisami prawa budowlanego,

co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy i przyjęcia, że przedmiot umowy został odebrany przez pozwaną i wystąpiły jedynie wady nieistotne, a powód nabył prawo do wynagrodzenia,

II. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1. art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że odbiór całości robót nastąpił w oparciu o protokół stanu zawansowania robót oraz w oparciu o jednostronny protokół odbioru robót sporządzony przez powoda, co stanowiło o wykonaniu umowy przez powoda, polegającego na wydaniu przedmiotu umowy,

2. art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że odchyłki poniżej minimalnej grubości warstw bitumicznych, stanowiące wady przedmiotu umowy - nie zwalniają powoda z obowiązku udowodnienia prawidłowości wykonania całego przedmiotu umowy,

3. art. 637 § 2 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że wykonanie warstw bitumicznych o grubości poniżej przeciętej dopuszczalnej wartości minimalnego odchylenia stanowią wady usuwalne, podczas gdy wada ta jest nieusuwalna, co stanowi że cały przedmiot umowy został wykonany wadliwie.

Domagała się zmiany zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w tej części, ewentualnie uchylecia zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania

Sądowi I instancji, a także zasądzenia od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego w zakresie okoliczności istotnych w rozumieniu art. 227 k.p.c. dla rozstrzygnięcia sprawy, są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Aprobata Sądu Apelacyjnego zyskała także dokonana przez Sąd I instancji ocena jurydyczna stanu faktycznego sprawy.

Przechodząc do apelacji w pierwszej kolejności trzeba wskazać, że nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut obrazy tego przepisu może być usprawiedliwiony tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie ma jednak miejsca. Pisemne motywy zaskarżonego orzeczenia zawierają ustalenia faktyczne, ocenę zebranych dowodów oraz rozważania prawne. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku pozwala na poddanie go kontroli instancyjnej.

Sąd I instancji nie naruszył też art. 233 § 1 k.p.c. uznając, że zebrane w sprawie dowody nie dają podstawy do stwierdzenia, iż wykonane przez powoda przewidziane w umowie z pozwaną z dnia 15 kwietnia 2011 roku roboty budowlane były dotknięte wadami, które kwalifikowałyby przedmiot zamówienia jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, które uniemożliwiałyby użytkowanie przedmiotu zamówienia.

Z raportu Instytutu (...) dotyczącego możliwości zajęcia stanowiska w sprawie wynika, że w dokumentacji projektowo-kosztorysowej występują niezgodności co do potrzeby wymiany nasypu niekontrolowanego na grunt niewysadzinowy oraz grubości warstwy wymienianego gruntu, zapisy tej dokumentacji nie pozwalają na jednoznaczne określenie obowiązku powoda wykonania dodatkowej warstwy podłoża i grubości tej warstwy, jeżeli została wykonana, bowiem grubość takiej warstwy podana w dokumentacji projektowo-kosztorysowej jest w przedziale od 0 do 20 cm (0 - 35 cm dla chodników). Instytut (...) wskazał, że konieczność wymiany gruntu w podłożu istnieje w sytuacji występowania w podłożu gruntów wysadzinowych lub wątpliwych, a stwierdzić to można poprzez odwierty badawcze podłoża (brak informacji o wykonaniu takich w trakcie procesu projektowego) lub w trakcie budowy poprzez badania na miejscu i ewentualne zalecenia sformułowane przez projektanta lub inspektora nadzoru. Instytut nie znalazł jednak zalecenia takich czynności w dzienniku budowy i dlatego uznał, iż nikt z uprawnionych osób nie stwierdził przed rozpoczęciem, ani w trakcie budowy, że występują warunki koniecznej wymiany gruntów w podłożu. Zdaniem Instytutu obecnie nie ma więc możliwości jednoznacznego stwierdzenia uchybień powoda w tym zakresie, ewentualne badania nie wniosą do rozstrzygnięcia sprawy przesadzających elementów, wykonywanie dodatkowych badań w tym zakresie nie jest celowe. Instytut (...) podtrzymał to stanowisko w późniejszej opinii. Wobec tego, że żadna ze stron nie zakwestionowała raportu Instytutu (...) w tym zakresie Sąd I instancji zlecił wykonanie dodatkowych badań szczegółowych jedynie w odniesieniu do warstw bitumicznych (asfaltowych).

Instytut (...) odnosząc się w opinii do kwestii grubości i zagęszczenia warstw asfaltowych wskazał, że odchyłki rzeczywistych grubości wykonanych warstw ścieralnych wynoszą od -5 mm (warstwa zbyt cienka) do +10 mm (warstwa zbyt gruba), przy dopuszczalnych odchyłkach ± 4 mm, zaś odchyłki rzeczywistych grubości wykonanych warstw wiążących wynoszą od -11 mm (warstwa zbyt cienka) do +19 mm (warstwa zbyt gruba), przy dopuszczalnych odchyłkach ± 4 mm, przy czym podkreślił, że odchyłki ujemne przekraczające wartości dopuszczalne (oznaczające warstwy zbyt cienkie) mogą mieć negatywny wpływ na trwałość nawierzchni, natomiast odchyłki dodatnie (oznaczające warstwy grubsze niż wymagane) takiego negatywnego wpływu mieć nie powinny. W opinii zaznaczono, że w przypadku nawierzchni będącej przedmiotem opinii zbyt mała grubość jednej z warstw może zostać zrekomensowana zwiększoną grubością drugiej warstwy, ponieważ wbudowane w nawierzchnię mieszanki mineralno-asfaltowe są rodzajowo podobne i zastosowano w nich takie samo lepiszczce asfaltowe. Dlatego przy całościowej ocenie nawierzchni kluczowe znaczenie mogą mieć odchyłki grubości obu warstw asfaltowych łącznie, a

nie pojedynczych warstw, a wahają się one od -12 mm do +17 mm przy dopuszczalnych odchyłkach ± 8 mm. Biorąc pod uwagę niepewność pomiaru grubości, deklarowaną przez akredytowane laboratorium Instytutu (...), wynoszącą $\pm 1,4$ mm, przyjęto, że ujemną odchyłkę łącznej grubości obu warstw asfaltowych wynoszącą co najmniej 10 mm można uznać za potencjalnie szkodliwą, a takie odchyłki wystąpiły w dwóch próbkach: nr 7 na ulicy (...) (odchyłka -11 mm) i nr 19 na ulicy (...) (odchyłka -12 mm). Mogą one, lecz nie muszą, mieć negatywny wpływ na trwałość nawierzchni w tych miejscach. Generalnie nawierzchnie zostały wykonane dobrze, mają dobre i bardzo dobre zagęszczenia, a wykonawca robót wbudował wymagane ilości mas asfaltowych. Zbadane wskaźniki zagęszczenia warstwy ścieralnej wynoszą od 99,8% do 102,3% (100% to maksymalny wskaźnik zagęszczenia uzyskiwany w znormalizowanych warunkach laboratoryjnych), przy minimalnej wartości dopuszczalnej wynoszącej 98% (wymaganie wynikające ze Szczegółowej specyfikacji technicznej nr D-05.03.05), zaś zbadane wskaźniki zagęszczenia warstwy wiążącej wynoszą od 98,4% do 103,9%, przy minimalnej wartości dopuszczalnej także wynoszącej 98%. We wszystkich przypadkach rzeczywiste wskaźniki zagęszczenia przekraczają wartości wymagane. Obie warstwy asfaltowe są dobrze i bardzo dobrze zagęszczone we wszystkich przebadanych miejscach.

Zdaniem Instytutu (...) użycie emulsji asfaltowej do zabezpieczenia krawędzi nawierzchni asfaltowej jest prawidłową technologią zabezpieczenia takich krawędzi.

Ostatecznie Instytut (...) wskazał, że nawierzchnie asfaltowe należy generalnie uznać za wykonane poprawnie pod względem własności będących przedmiotem powództwa, w tym takich jak grubość i zagęszczenie, inwestycja drogowa niewątpliwie nadaje się do wykorzystania jako droga publiczna. Wady w postaci zbyt małych łącznych grubości warstw asfaltowych w dwóch lokalizacjach zdaniem Instytutu nie nadają się do usunięcia, a w związku z tymi wadami wartość zamówienia można obniżyć o 3-5% wynagrodzenia wykonawcy robót za wykonanie warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej, obniżenie wynagrodzenia nie powinno przy tym dotyczyć wartości czynności pomocniczych przy wykonywaniu warstw asfaltowych (jak np. oczyszczenie i skropienie odłoży pod te warstwy), których wykonanie nie było kwestionowane przez pozwanego.

Opinia Instytutu (...), jak trafnie uznał Sąd I instancji, spełnia stawiane jej wymogi, odzwierciedla staranność i wnikliwość w badaniu zleconego zagadnienia, odpowiada w sposób wyczerpujący, stanowczy i zrozumiały na wszystkie pytania z postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 14 sierpnia 2012 roku, a równocześnie jest poparta głęboką wiedzą i wieloletnim praktycznym doświadczeniem zawodowym osób sporządzających tę opinię.

Pozwana nie sformułowała zarzutów, które podważyłyby opinię Instytutu (...). Opinii tej nie mógł podważyć zarzut, w ramach którego pozwana podnosiła, że zarówno próbki warstw asfaltowych pobrali, jak też zbadali je pracownicy Pracowni (...) Nawierzchni Instytutu (...), a nie pracownicy Instytutu (...). W raporcie dotyczącym możliwości zajęcia stanowiska w sprawie Instytut (...) zalecił zlecenie pobrania próbek oraz przeprowadzenia badań przez Pracownię (...) Nawierzchni Instytutu (...) w W. (k. 760). Raport ten został doręczony stronom celem zajęcia stanowiska, a w odpowiedzi pozwana odniosła się jedynie do wskazanych w raporcie kosztów badań i sporządzenia opinii, w żaden sposób nie sprzeciwiła się pobraniu próbek oraz przeprowadzeniu badań przez Pracownię (...) Nawierzchni Instytutu (...) w W. (k. 765). Nie można też zgodzić się z pozwaną, że Instytut (...) nie odniósł się do wszystkich zastrzeżeń pozwanej do wykonania robót drogowych przez powoda. W trakcie wizji lokalnej w dniu 21 marca 2013 roku przedstawiciele pozwanej doprecyzowali zastrzeżenia do wykonania robót przez powoda wskazując, że warstwy bitumiczne nawierzchni mają niewystarczającą grubość, nie wykonano wymiany gruntu pod nawierzchnią, warstwy asfaltowe nawierzchni są niedogęszczone na krawędziach, krawędzie są niewłaściwie zabezpieczone przez skropienie ich emulsją asfaltową (k. 762-763) i do wszystkich tych kwestii odniesiono się w opinii Instytutu (...). Powoływanie się obecnie przez pozwaną na to, że Instytut (...) nie odniósł się do wszystkich jej zastrzeżeń do wykonania robót drogowych przez powoda, w tym robót w pasie drogowym, zresztą niesprecyzowanych przez pozwaną (k. 765) jest nieuzasadnione. Zarzut pozwanej, że Instytut (...) powinien był zbadać grunt pod nawierzchnią nie był uzasadniony, chociażby z uwagi na to, że pozwana nie kwestionowała stanowiska z raportu Instytutu (...) dotyczącego możliwości zajęcia stanowiska w sprawie, iż obecnie nie ma możliwości jednoznacznego stwierdzenia uchybień powoda w zakresie wymiany gruntu pod nawierzchnią i wykonywanie dodatkowych badań w tym zakresie nie jest celowe.

Po sporządzeniu opinii przez Instytut (...) pozwana nie domagała się sporządzenia przez ten Instytut, bądź inny dodatkowej opinii. W piśmie z dnia 5 listopada 2013 roku pozwana wyraźnie wskazała, że nie zgłasza wniosku o ponowną ocenę jakości wykonanych przez powoda robót (k. 830), zaś w piśmie z dnia 31 stycznia 2014 roku wniosła o ocenę jakości wykonanych przez powoda robót na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie (k. 850).

Nieskuteczny był też zarzut pozwanej braku oryginału dziennika budowy, skoro z pisma powoda z dnia 21 listopada 2011 roku wynika, że przekazał on pozwanej dziennik budowy, jak też inną dokumentację (k. 48), zaś do odpowiedzi na pozew pozwana dołączyła poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopie dokumentów powykonawczych, w tym dziennika budowy (k. 182).

Także w świetle zeznań W. P., który - co trzeba zaznaczyć - był inspektorem nadzoru z ramienia pozwanej, nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonane przez powoda roboty budowlane nie były dotknięte wadami, które kwalifikowałyby przedmiot zamówienia jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, które uniemożliwiłyby użytkowanie przedmiotu zamówienia (k. 423 - 424).

Podstawy do stwierdzenia, że wykonane przez powoda roboty budowlane były dotknięte takimi wadami nie dają także pozostałe zebrane w sprawie dowody w postaci dokumentów, czy zeznań świadków, w tym również R. Z., który, choć wskazał, że projekt zakładał usunięcie tzw. nasypów budowlanych, mogących stanowić przyczynę nadmiernych odkształceń nawierzchni, to nie wiedział, czy takie nasypy zostały pozostawione, czy zabrane (k. 425).

Pozwana twierdząc, że wykonane przez powoda roboty budowlane były dotknięte wadami kwalifikującymi przedmiot zamówienia jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, które uniemożliwiłyby użytkowanie przedmiotu zamówienia, winna była to wykazać. Strona, która nie przedstawi dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Sąd nie ma obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy oraz nie jest zobowiązany do zarządzania dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Nie ma też obowiązku przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c.).

Wobec tego, że wykonane przez powoda na podstawie umowy z pozwaną z dnia 15 kwietnia 2011 roku roboty budowlane nie były dotknięte wadami, które kwalifikowałyby przedmiot zamówienia jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, które uniemożliwiłyby użytkowanie przedmiotu zamówienia, a powód zgłosił zakończenie tych robót, pozwana, stosownie do art. 647 k.c., winna była te roboty odebrać, niezależnie od tego, że były one dotknięte innymi wadami (np. łuszcząca się podmurówka, czy zbyt małe łączne grubości warstw asfaltowych w dwóch lokalizacjach).

Na gruncie art. 647 k.c. przyjmuje się w orzecznictwie, a Sąd Apelacyjny podziela to stanowisko, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, to inwestor zobowiązany jest dokonać ich odbioru, a w protokole z tej czynności należy zawrzeć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, zaś odmowa odbioru robót przez inwestora jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie nadaje się do użytkowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 roku, II CSK 476/12, LEX nr 1314394; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 stycznia 2014 roku, I ACa 1447/13, LEX nr 1544807).

Jeżeli jednak inwestor z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, to następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do

żądania wynagrodzenia, a roszczenie wykonawcy staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić.

Powód, który zakończył roboty budowlane w dniu 30 września 2011 roku, zgładzając pozwanej zakończenie tych robót, a wobec odmowy pozwanej dokonania ich odbioru, w dniu 8 grudnia 2011 roku dokonał jednostronnego odbioru wykonanych przez siebie robót, uprawniony był do żądania od pozwanej brakującej części wynagrodzenia z umowy stron z dnia 15 kwietnia 2011 roku.

Sąd I instancji słusznie zatem uwzględnił żądanie powoda, ostatecznie ograniczone do kwoty 908.940,16 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, wobec cofnięcia pozwu w zakresie kwoty 23.886,31 złotych, odpowiadającej 5% wartości ceny za wykonanie warstwy ścieralnej i wiążącej określonej na kwotę 477.726,25 złotych, o którą według opinii Instytutu (...) można obniżyć wynagrodzenie powoda z uwagi na wady w postaci zbyt małych łącznych grubości warstw asfaltowych w dwóch lokalizacjach, mimo braku żądania pozwanej o obniżenie należnego powodowi wynagrodzenia.

Dlatego na podstawie art. 385 k.p.c. oddalono apelację.

O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego oraz treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Apelacja pozwanej została oddalona w całości i dlatego jest ona zobowiązana zwrócić powodowi poniesione przez niego w postępowaniu odwoławczym koszty zastępstwa procesowego w kwocie 5.400 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).