

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak (spr.)
Sędziowie	:	SSA Krzysztof Chojnowski SSA Bogusław Suter
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2018 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w O.

przeciwko **H. P.**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 27 listopada 2017 r. sygn. akt V GC 152/16

### **I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

- 1) w pkt. II - zasądza dodatkowo od pozwanego H. P. na rzecz powoda (...)w O. kwotę 74.827,15 zł (siedemdziesiąt cztery tysiące osiemset dwadzieścia siedem 15/100) zł, z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,**
- 2) w pkt II - zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 12.216,37 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania,**
- 3) w pkt III - nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (kasa Sądu Okręgowego w Olsztynie ) od powoda kwotę 1338,58 zł i od pozwanego kwotę 601,40 zł tytułem zwrotu wydatków tymczasowo sfinansowanych przez Skarb Państwa.**

### **II. oddala apelację powoda w pozostałej części;**

### **III. oddala apelację pozwanego w całości;**

**IV. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.505,65 zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

**(...)** w O. wniosło o zasądzenie od H. P. kwoty 356.094,60 zł z ustawowymi odsetkami od 21 lutego 2014 r. – tytułem brakującej części wynagrodzenia za wykonane roboty ziemne (niwelacja i utwardzenie terenu). Na dochodzoną pozewem kwotę składały się: 49.500 zł - za prace niwelacyjne w obrębie nieruchomości (...) 43.969,50 zł - za prace na polu nr (...) związane z uzyskaniem rzędnych 153 m nad poziomem morza, 3.600 zł z tytułu obniżenia rzędnych pola nr (...) 2.415 zł za wyrównanie placu odkładczego, 233.728,59 zł z umowy podstawowej, które to wynagrodzenie nie zostało uiszczone w całości.

Sąd Okręgowy w Olsztynie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 8 maja 2014 r. uwzględnił żądania pozwu.

**H. P.** w sprzeciwie od tego nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa. Podnosił, że powódka wykonała umowę z wadami, które miały charakter istotny (nie uzyskano wymaganego stopnia zagęszczenia, założonej rzędnej terenu oraz doszło do niewłaściwego zdjęcia warstwy humusu). Dodał, że powódka pozostawiła tzw. piaski próchnicze, co w przyszłości spowoduje osiadanie terenu, który docelowo przeznaczony był pod budowę hali produkcyjnej oraz budynku biurowego. Na rozprawie w dniu 20 października 2015 r. pozwany sprecyzował swoje stanowisko wskazując, że żąda obniżenia wynagrodzenia umownego o kwotę 233.728,59 zł. W dalszej części procesu sprecyzował żądanie obniżenia umówionego wynagrodzenia o 20%, tj. co najmniej 184.500 zł. Na tej samej rozprawie oraz w piśmie procesowym z dnia 6 lipca 2015 r. podniósł też zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 318.718 zł wynikającej z wydatków, jakie poniósł w ramach usunięcia wad robót ziemnych.

**Wyrokiem z dnia 3 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 356.094,60 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lutego 2014 r. oraz obciążył pozwanego kosztami procesu.**

Sąd ten ustalił, że w dniu 27 marca 2013 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie prac ziemnych polegających na niwelacji terenu i wymianie gruntu za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 750.000 zł (netto). Umowa ta była zmieniana poprzez aneksy oraz porozumienie. W dniu 5 grudnia 2013 r. pozwany zlecił powódce wykonanie kolejnych prac za dodatkowym wynagrodzeniem.

Z dalszych ustaleń Sądu wynikało, że w dniu 29 listopada 2013 r. powódka zgłosiła do odbioru przedmiot umowy zasadniczej i porozumienia z 24 października 2013 r. Pozwany odmówił jednak dokonania odbioru prac. Ponawiając żądanie dokonania odbioru w piśmie z 4 i 10 grudnia 2013 r., powodowa spółka zwróciła się także o przedstawienie dokumentacji geologicznej, potwierdzającej osiągnięcie umówionego zagęszczenia na nasypach. Również te wezwania spotkały się z odmową. Argumentowane to było niezakończeniem prac przez powódkę oraz wynikiem przeprowadzonej opinii geotechnicznej. W efekcie, w dniu 6 lutego 2014 r. (...) dokonała jednostronnego odbioru przedmiotu umowy i za wykonane prace wystawiła dwie faktury VAT. W dniu 22 grudnia 2014 r. powódka odebrała potwierdzenie salda podpisane przez pozwanego.

Sąd wskazał też, że wcześniej, tj. w dniu 2 stycznia 2014 r. pozwany, powołując się na opinię geotechniczną A. B., poinformował powódkę, że na ok 20% powierzchni terenu objętego pracami nie osiągnięto umówionego poziomu zagęszczenia, zaś pod nasypem, na stropie gruntów rodzimych, znajdują się przewarstwienia piasków próchnicznych. W związku z tym wezwał do niezwłocznego wskazania terminu wykonania prac naprawczych. W odpowiedzi powódka podniosła, że wskazane badania przeprowadzono jeszcze przed ukończeniem robót, co czyniło je niewiarygodnymi.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Ocenił, że pozwany składając oświadczenie o potwierdzeniu salda, uznał tym samym zasadność zgłoszonego mu roszczenia o zapłatę wynagrodzenia.

Niezależnie od powyższego wskazał, że H. P. nie przysługiwało uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia umownego, albowiem nie zastosował się do procedury opisanej w art. 637 § 1 k.c. i nie wezwał w pierwszej kolejności powódki do usunięcia wad dzieła, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin. Nie wykazał również, że wady dzieła nie były na tyle istotne, że nie dały się usunąć (art. 637 § 2 k.c.).

Sąd uznał nadto, że pozwanemu nie przysługiwałyby też roszczenia oparte o przepisy dotyczące rękojmi za wady dzieła, albowiem w myśl art. 568 § 1 k.c. uprawnienia z tego tytułu wygasają po upływie roku od dnia wydania rzeczy, co w okolicznościach niniejszej sprawy miało miejsce w dniu 6 lutego 2014 r.

Jako niezasadny ocenił także zarzut potrącenia, uznając za spóźnione twierdzenia i dowody, które pozwany podniósł na wykazanie posiadania wierzytelności z tytułu odszkodowania. Wskazał, że pozwany powinien je podnieść już wbrew przeciwnie od nakazu zapłaty (art. 503 § 1 k.p.c.).

***W wyniku rozpoznania apelacji pozwanego, wyrokiem z dnia 24 maja 2016 r. Sąd Apelacyjny w Białymstoku uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.***

Podzielając ustalenia faktyczne Sądu I instancji, co do faktu zawarcia umowy z dnia 27 marca 2013 r., jej dwukrotnego aneksowania przez strony, zawarcia porozumienia ugodowego z dnia 24 października 2013 r. oraz dokonania jednostronnego odbioru w dniu 6 lutego 2014 r., po uprzednim bezskutecznym wezwaniu powoda do odbioru pismami z 29 listopada oraz 5 i 10 grudnia 2013 r. oraz aprobując ocenę prawną, co do charakteru umowy łączącej strony jako umowy o dzieło, Sąd Apelacyjny stwierdził jednak, że Sąd Okręgowy dopuścił się nierozpoznania istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.), błędnie przyjmując że roszczenie powoda zostało uznane przez pozwanego poprzez uznanie salda i jako takie nie wymaga dowodzenia.

Zwrócił też uwagę, że Sąd Okręgowy nie odniósł się do zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym do przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego. Nie wyjaśnił też przyczyn oddalenia wszystkich wniosków dowodowych stron, ani dokonania zwrotu pisma procesowego pozwanego z dnia 6 lipca 2015 r., zawierającego nie tylko zarzut potrącenia, ale również żądanie obniżenia wynagrodzenia powódki oraz wniosek dowodowy. Nie wskazał również przyczyn, dla których nie uwzględnił wniosku dowodowego pozwanego zawartego wbrew przeciwnie od nakazu zapłaty, a także w pismach procesowych z 28 lipca 2014 r. i 6 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny zaznaczył, że pomimo wydania zaskarżonego wyroku Sąd I instancji w ogóle nie rozstrzygnął zasadniczej kwestii spornej pomiędzy stronami, mianowicie, czy i jakie wady ma dzieło oraz czy i w jakim stosunku winno to rzutować na obniżenie żadanego wynagrodzenia, błędnie przy tym uznając, że zgłoszony przez pozwanego zarzut z rękojmi wygasł (mimo treści art. 568 § 3 k.c., w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia i wykonywania umowy stron) i błędnie uznając, że zgłoszony przez niego zarzut potrącenia był spóźniony (mimo że został oparty na nowych okolicznościach, tj. nieistniejących w dacie wniesienia sprzeciwu).

W następstwie dokonania we własnym zakresie analizy zgromadzonego materiału dowodowego, Sąd Apelacyjny przyjął, że zarzucane przez pozwanego wady dzieła (niedostateczne zagęszczenie terenu) nie uzasadniały odmowy jego odbioru, a wobec takiej odmowy, za skuteczny uznać należało jednostronny odbiór dokonany przez powoda, co aktualizowało zgłoszone przez niego żądanie zapłaty wynagrodzenia; natomiast przed żądaniem tym pozwany mógł się bronić zarzutem z rękojmi (w trybie d. art. 568 § 3 k.c) i zarzutem potrącenia, opartym na roszczeniu odszkodowawczym.

Sąd Apelacyjny - wbrew odmiennemu stanowisku Sądu I instancji - przyznał rację pozwanemu, że żądanie obniżenia wynagrodzenia może przysługiwać zarówno w przypadku zaistnienia wad nieistotnych jak i istotnych, przez co szczególnego uwzględnienia - przy analizowaniu zgłoszonego przez pozwanego zarzutu z rękojmi - ma nie tyle kwestia istotności wad (ta bowiem miała znaczenie jedynie przy badaniu uprawnienia pozwanego do odmowy dokonania odbioru, co zostało przesądzone w sposób niekorzystny dla pozwanego), ile kwestia relacji pomiędzy wartością dzieła niewadliwego i dzieła z wadami; zbadanie tej relacji winno umożliwić z kolei obniżenie wynagrodzenia w trybie dawnego art. 637 k.c., właściwego do rozliczeń pomiędzy stronami, w czym pomocna wydawała się opinia biegłego, wnioskowana przez pozwanego, tak w sprzeczności od nakazu zapłaty, jak i w niezasadnie zwróconym pozwanemu piśmie procesowym z dnia 6 lipca 2015 r.

W efekcie Sąd Apelacyjny zalecił, by na etapie ponownego rozpoznania sprawy Sąd I instancji przeanalizował zastrzeżenia strony powodowej do zgłoszonej opinii biegłego celem ustalenia, czy opinia ta w sposób dostateczny dowodzi zakresu istnienia wad, czy też została skutecznie zakwestionowana przez powoda. Za konieczne uznał też uwzględnienie wniosku dowodowego pozwanego, dążącego - za pomocą opinii biegłego i zeznań świadków - do ustalenia obszaru, na jakim zaistniały wady oraz do ustalenia wynikającego stąd kosztu ich usunięcia.

Sąd Apelacyjny zaznaczył przy tym, że na etapie ponownego rozpoznania sprawy Sąd I instancji rozpoznający dwa zasadnicze zarzuty pozwanego zgłoszone w tym piśmie i ponowione na rozprawie w dniu 20 października 2015 r., tj. zarzut rękojmiany i potrącenia, winien nadto zważyć czy zgłoszone przez pozwanego jako pierwszoplanowe obniżenie ceny nie skonsumuje niejako jego roszczenia odszkodowawczego, objętego potrąceniem - oba zarzuty bowiem zostały oparte na twierdzeniu o konieczności poniesienia wydatków na usunięcie wad zaistniałych na pewnym obszarze.

***W wyniku ponownego rozpoznania sprawy, Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 37.376,15 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r.; w pozostałej części powództwo oddalił; zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 25.704,35 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa od pozwanego kwotę 1736,48 zł i od powoda kwotę 203,50 zł tytułem zwrotu wydatków tymczasowo sfinansowanych przez Skarb Państwa.***

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 27 marca 2013 r. strony zawarły umowę na podstawie, której (...)w O. (wykonawca) zobowiązało się wykonać prace ziemne polegające na niwelacji terenu i wymianie gruntu w ilości około 94.000 m<sup>(3)</sup> do rzędnych 154 m.n.p.m. na terenie nieruchomości oznaczonej jako działki ewidencyjne numer (...) obręb nr (...)miasta M.. Przyjęto, że wszelkie prace ziemne będą wykonane przy zastosowaniu urobku powstałego w trakcie realizacji zleconych prac. Strony postanowiły, że wykonawca zobowiązuje się uzyskać wskaźnik zagęszczenia Is 0,98, przy czym w przypadku kiedy wskaźnik taki nie będzie mógł zostać osiągnięty przy użyciu urobku pochodzącego z wykonania prac, zobowiązały się zawrzeć aneksy do umowy określając ilość koniecznych prac dodatkowych do wykonania, cenę oraz termin. Za wykonanie prac strony wynagrodzenie ryczałtowe miało wynieść 750.000 zł plus należny podatek Vat. W § 7 umowy strony określiły obowiązki wykonawcy, a wśród nich w pkt 6 obowiązek wykonania badań geotechnicznych potwierdzających wskaźnik zagęszczenia. Zgodnie z § 8 odbiór przedmiotu umowy miał być dokonany w ciągu 7 dni od daty pisemnego zgłoszenia gotowości do odbioru.

W dniu 24 lipca 2013 r. strony zawarły aneks do umowy, w którym przedłużyły termin zakończenia robót do 31 sierpnia 2013 r.

W dniu 10 września 2013 r. podpisały kolejny aneks, w którym zamawiający (pozwany) zlecił powodowi wykonanie dodatkowych prac polegających na niwelacji terenu w zakresie rzędnych wykopu - 153,7 m.n.p.m. w ilości ok. 6.970

m<sup>3</sup> na części działek nr: (...), w terminie 4 tygodni od dnia podpisania aneksu, za dodatkowym wynagrodzeniem w wysokości 9 zł/1 m<sup>3</sup> (netto).

W dniu 5 grudnia 2013 r. pozwany zlecił wykonanie kolejnych prac dodatkowych polegających na wyrównaniu placu odkładczego, za wynagrodzeniem w wysokości: 120zł/h (netto) za pracę spycharki i 150 zł/h (netto) za pracę walca.

Powód w umownym terminie przystąpił do realizacji robót objętych umową.

Pismem z dnia 28 czerwca 2013 r. pozwany wezwał wykonawcę do bezwzględnej przestrzegania rygorów odpowiedniego zagęszczenia materiału nasypowego. Wyraził jednocześnie zaniepokojenie małą ilością pracującego sprzętu zagęszczającego i obawę, czy roboty prowadzone są właściwie. Stwierdził także, że niewłaściwe zagęszczenie gruntu może spowodować osiadanie projektowanej hali, biurowca, posadzek i dróg.

Oświadczeniem z dnia 19 września 2013 r. pozwany odstąpił od umowy z dnia 27 marca 2013 r., powołując się na nieterminowe, opieszale oraz wadliwe wykonywanie prac. Pismem z dnia 23 września 2013 r. cofnął jednak oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

W dniu 24 października 2013 r. strony zawarły porozumienie, w którym postanowiły m.in., że po wykonaniu prac wykonawca zgłosi je pisemnie do odbioru, pozwany zaś w terminie 21 dni roboczych od daty zgłoszenia, wykona i przedstawi dokumentację geologiczną potwierdzającą osiągnięcie na nasypach wskaźników zagęszczenia  $I_s$  0,98. W przypadku kiedy z dokumentacji będzie wynikać, że wskaźnik zagęszczenia nasypu został osiągnięty, strony uznają za dzień odbioru datę doręczenia dokumentacji wykonawcy. Gdy zaś z dokumentacji będzie wynikać, że wskaźnik zagęszczenia nie został osiągnięty, zamawiający w porozumieniu z wykonawcą ustali terminy usunięcia wad, co nie pozbawia prawa wykonawcy do wykonania badań we własnym zakresie.

W toku realizacji robót, badania kontrolne stanu zagęszczenia nasypu budowlanego wykonywał geolog T. Z. (1) za pomocą lekkiej płyty dynamicznej, lekkiej sondy dynamicznej oraz sondy ciężkiej. W ich wyniku stwierdził, że nasyp budowlany zagęszczono do wartości  $I_s$  0,98.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługuje na uwzględnienie jedynie w części.

Na wstępie wskazał, że był związany oceną Sądu Apelacyjnego co do charakteru umowy łączącej strony, obowiązku pozwanego dokonania odbioru robót i zasadności dokonania przez powoda odbioru jednostronnego, a także oceną co do tego, że nie wygasły uprawnienia pozwanego do obrony zarzutem z rękojmi w postaci żądania obniżenia ceny oraz co do tego, że dopuszczalny był podniesiony przez niego zarzut potrącenia.

Celem ustalenia, czy powód wykonał pracę zgodnie z postanowieniami umowy, w szczególności czy uzyskał wymagany wskaźnik zagęszczenia oraz usunął warstwy ziemi urodzajnej spod nasypu, Sąd I instancji dopuścił dowód z opinii biegłego geologa. Biegły A. M. uznał za bezcelowe przeprowadzenie badań gruntu z uwagi na fakt, iż opinia została zlecona w kwietniu 2015 r., zaś powód prace wykonywał w 2013 r. i tym czasie miał miejsce naturalny proces zagęszczenia (osiadania) gruntu. Ponadto pozwany w czerwcu 2014 r. w ramach robót naprawczych dokonywał wymiany oraz zagęszczenia gruntu na terenie przedmiotowych działek.

Wobec tego biegły A. M. dokonał analizy wyników badań przeprowadzonych, na zlecenie powoda przez geologa T. Z. (2), gdyż uznał że jest to materiał wystarczający do wydania opinii w części dotyczącej wskaźnika zagęszczenia. Porównując te badania do wymagań normy „PN-B-0 6 0 5 0-geotechnika. Roboty ziemne. Wymagania ogólne w dziale 3.5 nasypy, pkt 1 3. Ogólne zasady budowy nasypów, ppkt 3.5.1.5”, stwierdził, że geolog T. Z. (2) wykonał zbyt mało (o 111 sztuk, tj. ok. 45%) pomiarów kontrolnych, a co za tym idzie badanie wskaźników zagęszczenia było wykonane w stopniu niewystarczającym i niezgodnym ze sztuką oraz zaleceniami norm branżowych.

Podał, że wątpliwości co do jakości robót wykonanych przez powoda potwierdziły opinie sporządzone na zlecenie pozwanego przez J. D. i I. D.. Również z nich wynika, że T. Z. (2) stosował niewłaściwe metody badania wskaźnika zagęszczenia, wobec czego rezultaty jego badań należy jako orientacyjne. Dodał, że z tą tezą korespondują także badania przeprowadzone przez A. B. na potrzeby planowanej budowy hali produkcyjnej oraz biurowca. Również z nich wynikało, że powód nie uzyskał wymaganego wskaźnika zagęszczenia na ok. 20 % terenu oraz nie usunął gleby (humusu) z obszaru na którym w przyszłości miały powstać obiekty budowlane.

Zdaniem Sądu Okręgowego dowody te pozwalały na przyjęcie, że roboty wykonane przez powoda dotknięte są wadą polegającą na nieosiągnięciu wymaganego umową wskaźnika zagęszczenia, jak również niedokonaniu wymiany (usunięciu) tzw. gruntów nienośnych (gleby, humusu, ziemi urodzajnej).

Wskazał, że istnienie tej drugiej wady potwierdzają przede wszystkim profile litologiczne stworzone przez A. B. w wyniku dokonanych przez niego odwiertów. Potwierdzają one tezę pozwanego, że powód nie wydobywał gleby z zagłębień terenu, a jedynie ją przysypywał (w niektórych miejscach „miąższość” warstwy gleby wynosiła nawet 1 metr). W efekcie ujawnienia tego rodzaju wad, pozwany zmuszony był wykonać prace naprawcze polegających na wymianie i zagęszczeniu gruntu, których koszt wyniósł 318.718,45 zł.

Uznając, że doszło do wadliwego wykonania prac objętych umową, Sąd Okręgowy za częściowo zasadne uznał żądanie obniżenia powodowi należnego mu wynagrodzenia (art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i 560 § 3 k.c.).

Podkreślił, że żądanie to ewoluowało w toku procesu. Pozwany w piśmie procesowym z dnia 30 kwietnia 2014 r. domagał się obniżenia wynagrodzenia umownego o 20% (184.500 zł), na rozprawie w dniu 20 października 2015 r., o co najmniej 233.728,50 zł, zaś w piśmie z dnia 6 lipca 2015 r. o 45% (415.125 zł). Zdaniem Sądu z uwagi zarówno na zmienność stanowiska powoda, ale przede wszystkim specyfikę robót, a także samych wad, dokonanie precyzyjnych ustaleń, co do stopnia wadliwości nie jest możliwe. Także biegły geolog w swojej opinii obszar grunt na którym nie osiągnięto wymaganego wskaźnika zagęszczenia oszacował na 40,06%, zaś na którym pozostawiono warstwy humusu na 27,18%, przy czym w pewnej części dotyczyły one tego samego obszaru. Z tego względu Sąd Okręgowy przyjął, że stopnia wadliwości prac wykonanych przez powoda, należy dokonać poprzez porównania wartości wykonanych przez powoda prac (1.044.866 zł) oraz robót naprawczych polegających na wymianie i zagęszczeniu gruntu (318.718,45 zł), co pozwala na przyjęcie, że stopień ich wadliwości wyniósł 30,5%. Mając jednak świadomość tego, że obliczenia te również są w pewnym stopniu orientacyjne, Sąd ostatecznie przyjął za zasadne obniżenie należnemu powodowi wynagrodzenia o 20%, tj. o 184.500 zł.

Sąd Okręgowy uwzględnił również podniesiony przez pozwanego zarzut potrącenia (art. 498 § 1 k.c.). Wskazał, że pozwany posiadał wierzytelność wobec powoda z tytułu kosztów poniesionych celem zagęszczeniem gruntu i usunięciem humusu w wysokości 318.718,45 zł. Poniesienie tych wydatków ocenił jako niezbędne do wzniesienia obiektów budowlanych na działce objętej umową.

Reasumując, Sąd I instancji stwierdził, że zasadne jest obniżenie wynagrodzenia o kwotę 184.500 zł, a „zaoszczędzoną” w ten sposób sumę pozwanemu należy zaliczyć na poczet robót naprawczych. Za zasadny uznał zarzut potrącenia kwoty 318.718,45 zł tytułem wszystkich wydatków pozwanego na usunięcie wad, podkreślając że obniżenie wynagrodzenia o kwotę 184.500 zł pochłania w takim zakresie kwotę zgłoszoną do potrącenia, zaś po obniżeniu żądanego pozwem wynagrodzenia o kwotę 184.500 zł do zasądzenia pozostaje kwota 171.594,60 zł (356.094 zł – 184.500 zł = 171.594,60 zł), bez uwzględnienia zarzutu potrącenia. Wskazał następnie, że po częściowej konsumpcji kwoty objętej zarzutem potrącenia o 184.500 zł kwota pozostała do potrącenia to 134.218,45 zł (318.718,45 zł – 184.500 zł). Dokonując potrącenia kwoty 134.218,45 zł z kwotą 171.594,60 zł, za uzasadnione ostatecznie uznał żądanie powoda na kwotę 37.373,15 zł. Taką też kwotę zasądził od pozwanego na rzecz powoda w oparciu o d. przepis art. 627 k.c.

O kosztach procesu Sąd postanowił na podstawie art. 100 k.p.c. dokonując ich stosunkowego rozdzielenia, stosownie do wyniku postępowania (10,49%- 89,51%).

**Wyrok ten zaskarżyły apelacją obie strony.**

**Powód kwestionował orzeczenie w części oddającej powództwo, zarzucając Sądowi I instancji:**

**1) nierozpoznanie istotny sprawy wynikające z oparcia się wyłącznie na dowodach pochodzących od pozwanego i pominięcie treści łączącej strony umowy, w tym wynikających z niej wzajemnych obowiązków i uprawnień;**

**2) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez poczynienie dowolnych ustaleń faktycznych i przyjęcie, że powód wykonał zobowiązanie nienależycie (nie osiągnął wymaganego wskaźnika zagęszczenia oraz nie usunął warstwy urodzajnej), co uprawniało do ustalenia, że wynagrodzenie winno być obniżone o 30,5%, w sytuacji gdy właściwa ocena dowodów, a mianowicie brak jakichkolwiek zastrzeżeń po wykonaniu pierwszych prac związanych z usunięciem warstwy urodzajnej, zlecenie prac dodatkowych po pierwszych badaniach A. B. i wcześniej po pierwszej korespondencji odnoszącej się do jakości prac (zbyt dużej miąższości zagęszczanych warstw), przyjęcia na siebie przez pozwanego obowiązku wykonania badań kiedy ten dysponował już badaniami A. B., przekazania powodowi niewłaściwej dokumentacji niezbędnej do oceny jakości wykonanych prac, brak powołania wspólnego eksperta, którego ustalenia miały być rozstrzygające, a pozwany zapewne obawiał się wyników takich badań, uznanie przez A. B. przynajmniej części sformułowanych zarzutów, uznających że wyniki przez niego wykonane są orientacyjne, uwzględnienia zarzutów przez I. D. i częściowo przez J. D. odnośnie tych samych zarzutów odnoszących się orientacyjnych wartości wykonanych przeliczeń, które sprowadzały się wyłącznie do oceny badań T. Z. (2), mimo tego, że te powinny odnosić się do dokumentacji A. B., oparcie się na samej opinii biegłego wykonanej przez osobę nie mającą koniecznych uprawnień i przyjmującą wartości odmienne i to w dość istotny sposób od osób faktycznie wykonujących badania polowe bez jakiegokolwiek uzasadnienia, złożenie do akt sprawy faktur które nie potwierdzają tego, że faktycznie pozwany ponosił jakiejkolwiek koszty naprawy prac, a wyłącznie dowodzą by może wydatkowania środków, choć dowody zapłaty nie zostały załączone prowadzi do wniosku, że gdyby nawet uznać, co nie powinno mieć miejsca w świetle zgłaszanych poniżej zarzutów, że pozwany był uprawniony do obniżenia wynagrodzenia to wyłącznie co do subminimalnych wartości, choć i tak to nie powinno mieć miejsca wobec tego, że faktycznie powód wykonał wszelkie prace należycie,**

**3) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a polegającą na przyjęciu, że skoro A. B. wykonywał badania dla innych celów niż wymagała tego umowa to przedstawione przez niego wyniki są miarodajne kiedy to właściwa ocena zebranego materiału dowodowego związana z ustaleniem i przyznaniem, że wyniki tej osoby są orientacyjne, opinia była sporządzona dla innych celów, a część badań była wykonywana poza rejonem prac niwelacyjnych, niektóre profile zostały przerysowane z dokumentacji pierwotnie sporządzonej przez inny podmiot wykonujący ją z 2012 r., a w dalszej kolejności A. B. skupiał się na wykazaniu błędów T. Z. (2), który badania polowe wykonał kilka razy więcej niż ta osoba, nie odnosił się rzeczowo do stwierdzanych nieprawidłowości, a w tym twierdzeń wynikających z dowodów pochodzących od stron, z których wynikało, że pierwsza warstwa nie podlega w ogóle badaniu, pozwany przedstawił opinię mającą świadczyć o nieprawidłowościach, która odnosiła się faktycznie do budowy zbiornika retencyjnego znajdującego się poza rejonem prac powoda, nieprawidłowości prac związanych z usunięciem warstw wierzchnich nie potwierdził ani A. P., ani pozwany, który płacił bez zastrzeżeń wynagrodzenie, a ich usunięcie potwierdził T. Z. (2), T. J. oraz M. I. prowadzi do wniosku, że przedstawione wyniki badań przez A. B. nie mogły stanowić miarodajnego dowodu w niniejszej sprawie,**

**4) naruszenie art. 278 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że biegły z zakresu geologii posiadający wyłącznie uprawnienia kategorii I, może wykonywać analizy, dla których wymagane są inne uprawnienia geologiczne i geotechniczne;**

**5) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że opinia biegłego może stanowić dowód potwierdzający, że powód wykonał prace nienależycie, gdyż nie stosował norm Geotechnika oraz nie osiągnął wymaganych wskaźników zagęszczenia, w sytuacji gdy umowa stron nie dotyczyła wykonania nasypu budowlanego, który wymaga sporządzenia projektu oraz uzyskania stosownych pozwoleń;**

**6) naruszenie art. 253 k.p.c. przez przyjęcie, że dokumenty pochodzące od pozwanego (związane z określeniem wskaźnika zagęszczenia, pozostawieniem warstw nienośnych, czy wskazujące na poniesione wydatki) potwierdzają prawdę;**

**7) naruszenie art. 244 k.p.c. przez przyjęcie, że pozwany dokonywał wymiany gruntu w rejonie prac wykonywanych przez powoda, pomimo że nie zostało to odnotowane dzienniku budowy ;**

**8) naruszenie art. 233 § 2 k.p.c. przez nie nadanie właściwego znaczenia odmowie pozwanego przekazania żądanych dokumentów opisanych szczegółowo w piśmie powoda z 16 lutego 2017 r., które to zmierzały do wykazania istotnych okoliczności dla niniejszej sprawy;**

**9) naruszenie art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. przez nierozpoznanie/oddalenie wniosku dowodowego sformułowanego w piśmie z 14 lipca 2014 r., pomimo że dowód ten zmierzał do wykazania faktycznego stanu terenu budowy oraz do wykazania bezzasadności i to oczywistej kierowanych przez pozwanego roszczeń;**

**11) naruszenie art. 236 k.p.c. przez nie wydanie postanowienia co do opisanych powyżej dowodów zgłaszanych przez powoda;**

**12) naruszenie art. 299 k.p.c. i art. 300 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron nie było konieczne z uwagi na ustalenie wszelkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;**

**13) naruszenie art. 310 k.p.c. przez nie przeprowadzenie dowodu w postaci oględzin;**

**14) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku w oczywistej sprzeczności z normą tego przepisu, co znacząco utrudnia, czy wręcz uniemożliwia polemikę z ustaleniami;**

**15) naruszenie art. 236 k.p.c. w z. z art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. przez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z kolejnego biegłego z zakresu geologii posiadającego konieczną kategorię uprawnień, jak też uprawnienia geotechniczne;**

**16) naruszenie art. 65 § 2 k.c. przez błędne przyjęcie, że podmiotem odpowiedzialnym za dostarczenie właściwych badań był powód, kiedy to strony w pierwotnej umowie nie wskazały metody jaką mają być dokonywane badania, a te stosowane przez powoda są powszechnie używane;**

**17) naruszenie art. 65 § 2 k.c. przez błędne przyjęcie, że w terminie 21 dni roboczych od daty zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru, pozwany mógł przedstawić jakąkolwiek dokumentację, w tym tą służących zupełnie dla innych celów, kiedy to prawidłowa wykładania porozumienia**



*proceeds to the application, that the plaintiff should receive an opinion relating to the scope of earthworks and confirming or not the achievement of the settlement rate;*

*18) violation of art. 65 § 2 k.c. through the erroneous assumption, that the defendant did not have the obligation to appoint a joint expert, when the correct interpretation of the agreement, which modified the original contractual relationship indicates, that in order for the allegations made by the defendant to be the subject of the assessment, a joint expert should have been appointed, whose findings the parties should have accepted, and the defendant, by violating this obligation, deprived himself of the possibility of formulating objections regarding the plaintiff's work;*

*19) violation of art. 642 § 2 k.c. through the failure to assign the correct meaning to the facts taken into account at the initial stage;*

*20) violation of art. 637 § 1 k.c. through the erroneous assumption, that the reduction of the remuneration can be based on the documents presented by the defendant;*

*21) violation of art. 637 § 1 k.c. through the erroneous assumption, that the defendant, in accordance with the provisions described in art. 6 k.c. does not have to present unequivocal evidence regarding the reliability of the work in the context of the request for a reduction of the remuneration;*

*22) violation of art. 637 § 1 k.c. through the erroneous assumption, that the initial claim for a reduction of the remuneration related to the alleged incurring of costs related to the removal of defects, justifies in the further course of proceedings the submission of an alternative and competitive request for a reduction of the remuneration;*

*23) violation of art. 627 k.c. through the erroneous assumption, that in the case of work covered by a contract for a specific work it is possible to apply norms relating to construction work (the Geotechnical Norms are specifically described in the case files), where it is required to prepare a geotechnical project, the achievement of a decision confirming the documentation together with the granting of a permit for construction;*

*24) violation of art. 353<sup>1</sup> k.c. through the erroneous assumption, that the parties could not agree on the execution of earthworks consisting in the construction of a platform under the potential embankment and could not agree on alternative conditions not related to the Geotechnical Norms;*

*25) violation of art. 471 k.c. in conjunction with art. 361 § 2 k.c. through the assumption, that the defendant was entitled to request the reimbursement of costs exceeding the remuneration in the amount including also the tax on goods and services when the correct interpretation of the provisions of the law in connection with the VAT Act, indicates that in the case when the basis for taxation could be reduced by the amount of the tax, it is not possible to include the tax on goods and services because in fact it would lead to the enrichment of the defendant, who would be potentially obliged to pay the tax on income, but not the VAT;*

*26) violation of art. 471 k.c. through the assumption, that the defendant should also bear the costs of the use of the common work;*

*27) violation of art. 498 § 1 i 2 k.c. in conjunction with art. 499 k.c. through the assumption, that in the case of the alleged breach, it is also possible to claim other potential claims, which are related to the request for a reduction of the remuneration;*

**28) naruszenie art. 634 k.c. przez przyjęcie, że obniżenie rzędnych platform nie było wynikiem kwestionowania znaczących części materiału kiedy to w przypadku kiedy Sąd zastosowałby tę normę doszedłby do przekonania, że obniżenie rzędnych było wyłącznie wynikiem rachunku ekonomicznego pozwanego, który to w dalszej kolejności chciał pokryć dodatkowe wydatki nie płacąc faktycznie powodowi, ponieważ gdyby to pozwany wykonał platformę do rzędnej 154 m n.p.m. brak byłoby potrzeby dowożenia koniecznego materiału, które to prace w ocenie powoda wykonywała firma (...), ponieważ B. wzmacniał grunty pod stopy w rejonach wykopów, a nie nasypów.**

**Wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie powództwa w całości.**

**Z kolei pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo zarzucając mu:**

**1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie przez Sąd dowolnej oceny dowodów i błędne przyjęcia, że wynagrodzenie powoda powinno być obniżone o 20%, tj. zgodnie z wnioskiem zawartym w piśmie z 30 kwietnia 2014 r., podczas gdy pozwany sprecyzował swoje ostateczne stanowisko w piśmie z 3 lipca 2017 r., w którym żądał obniżenia wynagrodzenia o co najmniej 40,06 %;**

**2. poczynienie ustaleń faktycznych niezgodnych z materiałem dowodowym i przyjęcie, że obniżenie wynagrodzenia należnego powodowi winno nastąpić o 20 %, a dokonanie precyzyjnych ustaleń w tym zakresie nie jest możliwe, gdyż ustalenia takie zawsze będą miały charakter orientacyjny.**

**Wnosił o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa w całości.**

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja pozwanego była niezasadna, natomiast apelację powoda należało uwzględnić w części.**

Sąd Apelacyjny zaaprobował ustalenia faktyczne Sądu I instancji i wyrażoną przez ten Sąd ocenę co do częściowo niewłaściwego wykonania przez powoda zobowiązania. W przeciwieństwie do Sądu Okręgowego uznał jednak, że nie okazała się skuteczna obrona pozwanego oparta na zarzucie z rękojmi, natomiast na częściowe uwzględnienie zasługiwał zarzut potrącenia, oparty na roszczeniu odszkodowawczym. W efekcie, zestawienie wielkości usprawiedliwionego roszczenia odszkodowawczego pozwanego z kwotą dochodzoną przez powoda umożliwiło ocenę czy i w jakim zakresie powództwo powinno być uwzględnione. Zdaniem Sądu Apelacyjnego było ono uzasadnione do kwoty 112.203,30 zł, a że SO zasądził kwotę niższą, to korekta dokonana przez Sąd Apelacyjny sprowadzała się do zasądzenia różnicy.

Ustosunkowując się na wstępie do najdalej idącego z zarzutów apelacji strony powodowej, tj. nierozpoznania sprawy, wyjaśnienia wymaga, że w rozumieniu przepisu art. 386 § 4 k.p.c. zachodzi ono wtedy, gdy rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego co było przedmiotem sprawy oraz gdy sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania lub merytorycznych zarzutów strony przeciwnej (zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu bądź merytorycznych zarzutów pozwanego). Dlatego też oceny, czy sąd rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania dowodowego. Przyjmuje się także, że niewyjaśnienie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest równoznaczne z nierozpoznaniem istoty sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1999 r., II UKN 589/98, M.P. Wójcik, Komentarz do art. 386 k.p.c., LEX).

Mając to na uwadze zauważyć należy, że zaskarżone orzeczenie zostało wydane w wyniku ponownego rozpoznania sprawy. Sąd Okręgowy związany był zatem oceną, wyrażoną przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 maja 2016 r., tak co do charakteru umowy łączącej strony i obowiązku dokonania przez pozwanego obioru robót stanowiących przedmiot tej umowy oraz zasadności dokonania przez powoda odbioru jednostronnego, jak i co do

formalnej możliwości żądania przez pozwanego w tym procesie żądania obniżenia ceny, czy też dopuszczalności zgłoszonego przez niego zarzutu potrącenia. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy rolą Sądu I instancji było w głównej mierze ustalenie, czy przedmiot umowy miał wady i jakiego rodzaju oraz czy i w jakim stosunku winno to rzutować na obniżenie żądanego wynagrodzenia (w następstwie ustalenia relacji pomiędzy wartością dzieła niewadliwego i dzieła z wadami) a także, czy podniesiony zarzut z rękojmi nie pochłonie zgłoszonego zarzutu potrącenia.

Analiza uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia prowadzi do wniosku, że Sąd Okręgowy odniósł się wyczerpująco do wyżej omówionych kwestii. Ustosunkował się przy tym zarówno do argumentacji powoda, jak również zarzutów stawianych przez pozwanego. W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego geologa A. M., poczynił ustalenia co do zakresu (obszaru) i rodzaju wad w przedmiocie umowy i uznał, że powód (wykonawca) nie uzyskał wymaganego umową wskaźnika zagęszczenia i nie dokonał wymiany warstw nienośnych, czyli ziemi urodzajnej, a zatem nie wykonał należycie umowy, to zaś uzasadniało podjęcie przez pozwanego prac naprawczych. Tym samym więc istota sprawy została rozpoznana.

Jakkolwiek zasadnicze dla sprawy kwestie były nadal sporne pomiędzy stronami, to jednak możliwe okazało się przeprowadzenie kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku, przy czym w postępowaniu odwoławczym zakres sporu, dotyczącego także kwestii szczegółowych, został ograniczony do ośmiu zagadnień wskazanych w pkt 2 lit. a-h) zarządzenia z dnia 12 kwietnia 2018 r., do których pozwany odniósł się w piśmie z dnia 30 kwietnia 2018 r., zaś powód w piśmie z dnia 26 czerwca 2018 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego zagadnienia te zostały dostatecznie wyjaśnione, co będzie omawiane w dalszym toku uzasadnienia.

Jako, że apelacja strony powodowej zawierała zarzuty naruszenia zarówno przepisów prawa procesowego, jak i materialnego, w pierwszej kolejności odnieść należało się do tych, kwestionujących prawidłowość poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych. O ile bowiem wadliwość podstawy prawnej może być wynikiem zarówno naruszenia przepisów prawa materialnego, jak i uchybień procesowych, o tyle wadliwość podstawy faktycznej jest zawsze wynikiem uchybienia procesowego.

Nawiązując zatem do tej grupy zarzutów, które zmierzały do zakwestionowania ustaleń dotyczących wadliwości wykonanych robót ziemnych, przede wszystkim zwrócić należało uwagę, że ustalenia w tej mierze zostały poczynione przez Sąd Okręgowy przy wykorzystaniu właściwego środka dowodowego, tj. opinii biegłego z zakresu geologii. Było to bowiem zagadnienie wymagające wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.). Wprawdzie powód kwestionował wnioski płynące z tej opinii, podważając m.in. kwalifikacje mgr inż. A. M., jako osoby nie posiadającej uprawnień geotechnicznych, tym niemniej tego typu argumenty nie mogły skutecznie podważyć fachowości opinii sporządzonej przez tego biegłego. Ustosunkował się do nich zresztą sam biegły A. M. w odpowiedzi na zarzuty (k. 1478 - 1484), w której wyjaśnił, że geotechnika jest jedynie częścią wiedzy o geologii, a zatem jako biegły z zakresu geologii dysponuje wystarczającą wiedzą do prowadzenia badań geotechnicznych. Nadto zwrócił uwagę, że rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 30 marca 2016 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie geologii, w ogóle nie przewiduje posiadania kwalifikacji, czy certyfikatów z zakresu geotechniki, zaś (...)nie posiada uprawnień do przyznawania czy uznawania kwalifikacji, a jedynie jest organizacją zrzeszającą i wspierającą osoby zajmujące się badaniami geotechnicznymi. Wskazał, że również rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia budynków nie przewiduje posiadania kwalifikacji, czy certyfikatów z zakresu geotechniki, a zatem może je wykonywać również on dzięki posiadaniu wykształcenia kierunkowego i ponad 20-letniego doświadczenia. Uznając te wyjaśnienia za wystarczające dla zaakceptowania istnienia niezbędnych kwalifikacji po stronie biegłego, dodatkowo wskazać należy, że choć w istocie biegły uprawnienia III stopnia nabył dopiero po 2016 r., a zatem po sporządzeniu opinii głównej, niemniej jednak już po ich nabyciu konsekwentnie podtrzymywał pierwotne wnioski płynące z opinii.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarówno opinia główna, jak i opinie uzupełniające sporządzone na potrzeby niniejszej sprawy przez biegłego A. M. pozytywnie spełniają kryteria, o których mowa w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98 (OSNC 2001/4/64) i przez to stanowiły materiał przydatny do wyrokowania. Niewątpliwie analizowane opinie dały podstawę do wyprowadzenia wniosku o częściowej wadliwości

prac wykonanych przez powoda. W związku z tym Sąd I instancji nie miał obowiązku przeprowadzenia dowodu z opinii kolejnego biegłego, ponieważ do dowodu z opinii biegłego nie mogą mieć zastosowanie wszystkie zasady prowadzenia dowodów, a w szczególności art. 217 § 1 k.p.c. W odmiennym bowiem przypadku Sąd zobligowany byłby do przeprowadzenia dowodów z wszelkich możliwych biegłych, by się upewnić, czy niektórzy z nich nie byłiby takiego zdania jak strona.

Uznanie że w pełni miarodajny był dowód z omawianej opinii, czyniło zbędnym przeprowadzanie dowodów z przesłuchania stron oraz dowodów, wnioskowanych w pismach powoda z dnia 14 lipca 2014 r. (o ustalenie danych kierownika budowy hali, celem jego późniejszego przesłuchania) i z dnia 16 lutego 2017 r. (o złożenie dalszej dokumentacji geotechnicznej i umowy z A. S.). Zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu mogą być bowiem wyłącznie fakty mające istotne znaczenie w świetle podstawy faktycznej i prawnej sprawy. Sąd może więc pominąć środki dowodowe, jeśli sporne okoliczności zostały już dostatecznie wyjaśnione lub jeśli strona powołuje je jedynie dla zwłoki (art. 217 § 1 k.p.c.). Taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie, gdzie przeciwwagi dla oceny kwestii wymagających wiedzy specjalnej nie mogły stanowić zeznania kierownika budowy, będącego przy tym świadkiem, którego należy dopiero poszukiwać. Stąd też ponowiony w apelacji wniosek o przeprowadzenie takiegoż dowodu został również pominięty przez Sąd Apelacyjny. W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony materiał dowodowy był wystarczający do orzekania, przez co dalsze wnioski dowodowe powoda zostały ocenione jako powołane dla zwłoki.

Za pozbawiony znaczenia Sąd Apelacyjny uznał zarzut dotyczący nieprzeprowadzenia oględzin miejsca robót. Kwestia ta była wielokrotnie omawiana w trakcie niniejszego postępowania i niezasadność przeprowadzania tej czynności w sytuacji, gdy od czasu zakończenia prac doszło do zasadniczej zmiany struktury gruntów, została dostatecznie wyjaśniona przez geologa A. B. i biegłego sądowego A. M..

Zasadniczo nietrafny był również zarzut powoda odnośnie naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., uzasadniany brakiem wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wszystkich dowodów, na których Sąd I instancji oparł swe ustalenia, jak i podania przyczyn, dla których uwzględnione zostały pewne dowody, zaś inne nie. Zgodzić się można jedynie z tym, że Sąd Okręgowy rzeczywiście nie dokonał szczegółowej analizy zeznań części świadków (M. I., T. J., T. Z. (2), A. S.), których zeznania w takiej sytuacji zostały poddane analizie przez Sąd Apelacyjny.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, że zgromadzony materiał dowodowy dawał podstawę do rozpoznania żądania powoda czyli rozpoznania istoty sprawy a następnie do przeprowadzenia kontroli instancyjnej. Sprowadzało się to do ustalenia, czy umowa została przez powoda wykonana wadliwie oraz czy i w jakim stopniu powinno to rzutować na obniżenie jego wynagrodzenia. Te sporne pomiędzy stronami kwestie natury materialno prawnej, wymagały oczywiście uprzedniego zbadania treści umowy i zakresu obowiązków stron.

Z niewadliwych ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że strony łączyła umowa z dnia 27 marca 2013 r., na podstawie której powód jako wykonawca zobowiązał się wykonać prace ziemne polegające na niwelacji terenu i wymianie gruntu w ramach nieruchomości pozwanego w ilości około 94.000 m<sup>3</sup> do rzędnych 154 m. n.p.m. na terenie nieruchomości oznaczonej jako działki ewidencyjne numer (...), obręb nr (...)miasta M. - zgodnie z załączoną mapą. Przyjęto w niej, że wszelkie prace ziemne będą wykonane przy zastosowaniu urobku powstałego w trakcie realizacji zleconych robót. Umowa nie obejmowała zatem jakichkolwiek robót związanych z dowiezieniem gruntu z zewnątrz. Nadto strony ustaliły, że wykonawca uzyska wskaźnik zagęszczenia Is 0,98, zastrzegając że gdy wskaźnik taki nie będzie mógł zostać osiągnięty przy użyciu urobku, strony zawrą aneksy do umowy, określając ilość koniecznych prac dodatkowych do wykonania, ich cenę oraz termin. Umowa ta była następnie dwukrotnie aneksowana z uwagi na potrzebę poszerzenia zakresu prac powoda, po czym w dniu 24 października 2013 r. strony zawarły porozumienie ostatecznie określające zakres prac. Postanowiono w nim także (§ 5), że po wykonaniu prac wykonawca zgłosi je pisemnie do odbioru. Pozwany natomiast zobowiązał się w terminie 21 dni roboczych od daty zgłoszenia robót do odbioru do wykonania i przedstawienia wykonawcy dokumentacji geologicznej potwierdzającej osiągnięcie na nasypach wskaźników zagęszczenia Is 0,98.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w świetle jednoznacznych zapisów umowy, nie wytrzymuje krytyki forsowane przez powoda w toku postępowania stanowisko, jakoby do jego obowiązków, jako wykonawcy, należało jedynie zdjęcie wierzchniej warstwy gruntu w rejonie nasypu, bez analizy, czy nie zostały tam pozostawione warstwy próchnicze. Stanowisko to pomija bowiem zapisy umowy, w których wykonawca zobowiązał się wykonać prace zgodnie ze sztuką budowlaną (§ 1), a dodatkowo także ze starannością, zasadami wiedzy technicznej oraz przepisami dotyczącymi robót budowlanych (§7). Co więcej, na ostatniej rozprawie apelacyjnej powód przyznał, że był świadomy tego, jakie znaczenie ma przyjęty wskaźnik zagęszczenia i jakiemu celowi służy. Nie jest więc obciążone ryzykiem błędu przyjęcie, że musiał on wiedzieć, iż osiągnięcie zakładanych rzędnych i wskaźnika zagęszczenia w rejonie nasypów jest niezbędne z uwagi na przeznaczenie tego terenu na posadowienie obiektów kubaturowych (o czym ewidentnie miał wiedzę od chwili otrzymania pisma pozwanego z 28 czerwca 2013 r. - k.312). Musiał więc osiągnąć właściwy rezultat, dla którego umowa stron została zawarta, zaś dla jego realizacji niezbędne było nie tylko uzyskanie określonego wskaźnika zagęszczenia w rejonie nasypów lecz także usunięcie piasków humusowych (próchnicznych) z rejonu realizowanych prac (nasypy).

Przypomnieć trzeba, że spełnienie świadczenia tylko wtedy jest wykonaniem zobowiązania, gdy odpowiada regułom wskazanym w art. 354 § 1 k.c. (celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom), a zatem powód obecnie nie może powoływać się na to, że wykonaniem przez niego zobowiązania - o tak znacznej wartości i na tak znacznym obszarze - miałyby być tylko „zwykłe” wyrównanie terenu, na co miałyby według wskazywać np. zeznania wykonawcy T. J. (transkrypcja k. 1380 – 1386).

Przy ocenie charakteru, zakresu i sposobu wykonania prac przydatna była – jak to już wyżej wskazywano – opinia biegłego sądowego. Biegły ten przywiązał znaczącą wagę normy (...), co spotkało się ze zdecydowanym sprzeciwem ze strony powoda.

Zauważyć w tym miejscu należy, że to właśnie norma Geotechnika w pkt. 3.2.2.1. mówi m.in. o konieczności usunięcia wierzchniej warstwy gleby i w pkt. 3.5.1. o konieczności usunięcia gruntów słabych (torfu, namulów organicznych itp.) i gleby (biegły, k. 723 – 724), a nie być sporne, że tego rodzaju zalecenie wyznacza pewien standard staranności przy wykonywaniu robót ziemnych (nota bene strony nazwały swą umowę właśnie jako umowę o wykonanie robót ziemnych).

Odnosząc się do zastrzeżeń powoda, kwestionującego co do zasady możliwość powoływania się przez biegłego na tę normę, wyjaśnić trzeba, że zgodnie z art. 5 ust. 3 Ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz.U. z 2002 r., Nr 169, poz. 1386), stosowanie Polskich Norm rzeczywiście jest dobrowolne. Mimo to szereg przepisów wykonawczych odwołuje się do zapisów norm (np. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie), co sprawia że w takich przypadkach stosowanie ich staje się w pewien sposób obligatoryjne. W odniesieniu do normy (...)jej stosowanie wprost zostało objęte np. wymogami rozporządzenia Ministra Środowiska z 20.04.2007 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne (Dz. U. z dnia 16 maja 2007 r.).

Na marginesie wspomnieć wypada, że osobnym problemem jest przy tym wzajemna relacja pomiędzy polskimi normami a tzw. E. (zestawami Norm (...) określającymi zasady projektowania konstrukcji i wykonywania konstrukcji budowlanych), mającymi stanowić uniwersalne narzędzie pracy dla projektantów europejskich. Do końca 2007 r. zostało opublikowane 58 części E., jako normy europejskie (EN/EC), przy czym w odniesieniu do zagadnień geotechnicznych została opublikowana w Polsce w dniu 15 października 2005 r. część I (...), obejmująca zasady ogólne projektowania geotechnicznego, zaś 18 kwietnia 2007 r. część II dotycząca badania podłoża gruntowego. Współistnienie pakietów E. ze „starymi” normami krajowymi powinno trwać do 36 miesięcy od publikacji ostatniej części pakietu EN/EC, zaś w ciągu pięciu lat sprzeczne z E. normy krajowe powinny zostać wycofane. Tym niemniej, nie zostało jednak wydane przez ministra właściwego do spraw budownictwa żadne rozporządzenie umożliwiające alternatywne stosowanie E..

Powyższe kwestie, zdaniem Sądu Apelacyjnego, mają w rozpoznawanej sprawie znaczenie w zasadzie drugorzędne. Przyjąć bowiem należy, że nawet jeśli określone normy nie zostały inkorporowane do aktów wykonawczych, to niewątpliwie wyznaczają one wzorce należytego wykonania zobowiązania i uzasadnione jest odwoływanie się do nich w tej części, która dotyczy sposobu wykonania określonych czynności. Zrozumiałe jest zatem, że także powód, spierając się z pozwanym np. o to, czy geolog A. B. dokonał prawidłowych pomiarów, odwoływał się do normy PN-B- (...):2002, określającej zasady interpretowania wyników sondowania (pismo z 17 stycznia 2014 r. - k. 105), a działająca na zlecenie powoda Spółka (...), przy opracowaniu opinii prywatnej (k. 967 – 984), również w opisie narzędzi badawczych uwzględniała normy z zakresu projektowania geotechnicznego.

Odwoływanie się przez biegłego sądowego A. M. do normy Geotechnika, nie może zostać zakwestionowane – jak żądał tego powód - z tej tylko przyczyny, że norma ta wymaga także wykonania projektu robót ziemnych i dokonania rozpoznania geotechnicznego przed rozpoczęciem robót ziemnych. Podkreślenia tu wymaga, że powód - podejmując polemikę z pozwanym w odpowiedzi na sprzeciw (k. 562-569) - nie zaprzeczył twierdzeniom zawartym w sprzeciwie od nakazu zapłaty, że to wykonawca, jako profesjonalista badał teren przed podpisaniem umowy oraz posiadał opracowanie geologiczne z kwietnia 2012 r. (tej okoliczności zaprzeczył dopiero w późniejszej fazie procesu). Skoro więc umowa została zawarta przez strony po kilkukrotnych oględzinach terenu, zatem oczywistym się wydaje, że powód miał nie tylko możliwość, ale wręcz obowiązek dokonania oceny, co do przydatności gruntów miejscowych do wbudowania w nasyp budowlany. To bowiem wykonawca, jako profesjonalista, powinien ocenić, czy zakres prac jest tego rodzaju, że wymaga przygotowania pełnej dokumentacji robót ziemnych w rozumieniu wspomnianej normy – tj. dokumentacji geotechnicznej, projektu robót, prowadzenia dziennika budowy itp., przy czym – w razie odpowiedzi pozytywnej - jeśli uważał, że sporządzenie projektu i rozpoznania obciąża inwestora w ogóle nie powinien przystępować do pracy. Nawet przyjęcie przez niego, że zlecane mu prace takiego przygotowania nie wymagają, nie zwalniało go z obowiązku zachowania należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Skoro zaś przyznał, iż miał świadomość jakiego typu inwestycja ma być realizowana na przygotowywanym przez niego terenie, zatem powinien też wiedzieć, że do zrealizowania tego celu niezbędne jest usunięcie warstw humusowych oraz osiągnięcie określonego umową wskaźnika zagęszczenia.

Powyższe oznacza, że przy ocenie charakteru prac powoda i sposobu wykonania przez niego zobowiązania, Sądy obu instancji niewątpliwie mogły opierać się na opinii sporządzonej przez biegłego A. M., odwołującego się do normy Geotechnika, w tej części, w której norma mówi o konieczności m.in. usunięcia wierzchniej warstwy gleby (pkt 3.2.2.1.), gruntów słabych (torfu, namulów organicznych itp.- pkt 3.5.1.) oraz gleby, a także w części, w której zezwala ona w pewnych przypadkach na pozostawienie darni i wierzchniej warstwy gleby (pkt 3.2.2.3.) oraz tam, gdzie zaleca ona wykonanie określonej ilości pomiarów kontrolnych. W efekcie, także Sąd Apelacyjny, posiłkując się opinią biegłego, przyjął że obowiązkiem powoda było osiągnięcie umówionego wskaźnika zagęszczenia i usunięcie warstw próchnicznych z rejonu nasypu, co nie zostało jednak wykonane przez niego prawidłowo.

Natomiast, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie mogło mieć prostego przełożenia na rozstrzygnięcie sprawy, wyliczenie zaprezentowane przez biegłego (z odwołaniem się do wspomnianej normy), zgodnie z którym wykonawca nie uzyskał wymaganego wskaźnika zagęszczenia na całym terenie nasypów (40 % powierzchni działki), a na 20% nasypów pozostawił warstwy humusowe, co zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia.

Odnosząc się w tym miejscu do zaistniałego pomiędzy stronami sporu, odnośnie rejonu, w którym miał zostać osiągnięty przewidziany umową wskaźnik zagęszczenia, należy stanowczo przyznać rację stronie powodowej, że łącząca strony umowa dotyczyła jedynie rejonu nasypów. Świadczy o tym nie tylko wykładnia treści § 1 pkt 3 i 4 umowy podstawowej, ale potwierdzają to także wprost zapisy § 3 lit. f) porozumienia z dnia 24 października 2013 r., w którym stwierdzono, że na polu nr 6 (czyli terenie wykopów) wykonawca nie jest zobowiązany do osiągnięcia jakichkolwiek wskaźników zagęszczenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony materiał dowodowy nie dawał jednak podstaw do przyjęcia, by w całym rejonie nasypów został osiągnięty umówiony wskaźnik zagęszczenia. Wprawdzie geodeta ze strony powoda – T. Z. na bieżąco badał zagęszczenie gruntu w i potwierdzał w swych sprawozdaniach (k. 108 – 145) osiągnięcie

właściwych wskaźników (transkrypcja zeznań k. 1395 -1045), ale w trakcie procesu zostało ujawnione, że badań tych dokonywał przy użyciu lekkiej sondy dynamicznej (...), sondy ciężkiej (...) i lekkiej płyty dynamicznej (...). Dowiedzione, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zostało, że badania te były obciążone ryzykiem błędu, w szczególności wobec użycia lekkiej sondy udarowej na nieodpowiednich dla niej gruntach zawierających żwir i kamienie. W efekcie bowiem wymagało to dokonania przeliczenia ustalonej wartości zagęszczenia  $I_d$  na wskaźnik zagęszczenia  $I_s$ . Wątpliwości te wyeliminowałyby natomiast dokonanie badania aparatem P. czy płytą statyczną, które jednak nie były przeprowadzone. W efekcie powód nie był w stanie wykazać, że osiągnął zakładany wskaźnik zagęszczenia.

Oczywiście Sąd Apelacyjny zauważa, że umowa łącząca strony nie określała metod pomiaru celem wykazania wskaźnika  $I_s$ , tym niemniej powód jako profesjonalny podmiot w obrocie gospodarczym, powinien dążyć do przedstawienia wyniku nie budzącego wątpliwości. Tymczasem zgromadzone w sprawie dowody nie tylko nie rozwiąły tych wątpliwości, ale wręcz je pogłębiły.

Zwrócić należy uwagę, że już z opinii sporządzonej w grudniu 2013 r. na zlecenie pozwanego przez geologa A. B., która została przedłożona powodowi zgodnie z § 5 pkt 2 porozumienia, wynikało że na powierzchni 20 % terenu objętego pracami nie osiągnięto wymaganego umową stopnia zagęszczenia (k. 336 - 442). Z kolei w opinii z marca 2014 r. 9k.531 – 536) geodeta ten wykazywał, że badania wykonane przez T. Z. (2) sondą lekką i ciężką dały wyłącznie wartości orientacyjne. Konieczne było bowiem dalsze przeliczenie uzyskanych wartości  $I_d$  na wskaźnik  $I_s$ , przy czym w zależności od metody przeliczeń (wg prof. F., z której korzystał T. Z. (2) lub wg prof. P.) można było osiągnąć różne wyniki (jak w opinii prywatnej I. D. i J. D. - k. 531 – 536). Wskazał nadto na niemiernodajność badań sondą lekką warstw o miąższości nieprzekraczającej jednego metra. Zaznaczył również, że kierownik budowy kilkakrotnie zgłaszał trudności z uzyskaniem właściwego zagęszczenia i w wyniku jego interwencji Inwestor (pозwany) zgodził się na wbudowanie pospółki w kilku miejscach nasypu. Podkreślił wreszcie, że skoro w umowie przyjęto określony wskaźnik zagęszczenia, to wykonawca powinien badania przeprowadzić w taki sposób, by otrzymać jednoznaczną wartość  $I_s$ .

Choć powód, ustosunkowując się do wniosków płynących z omawianych opinii, w piśmie z dnia 17 stycznia 2014 r. (k. 104) podnosił, że inż. A. B. badania wykonywał w dniach 26 i 27 września oraz 1 października 2013 r., a zatem przed zakończeniem całości prac objętych przedmiotem umowy (zgłoszenie ich odbioru nastąpiło w dniu 29 listopada 2013 r.), to jednak nie można nie zauważyć – na co trafnie wskazywał również pozwany w odpowiedzi na apelację - że A. B. sporządził także dalsze opracowania w grudniu 2013 r., styczniu 2014 r. i marcu 2014 r. (k. 531-536) oraz badania terenowe w maju 2014 r. (k. 537-540), które potwierdzały jego wcześniejsze zastrzeżenia co do jakości prac wykonanych przez powoda. Nie wytrzymuje więc krytyki stanowisko powoda (k. 1500), że gdyby przed zawarciem przez strony porozumienia z dnia 24 października 2013 r. zostało stwierdzone nieosiągnięcie przez niego właściwego wskaźnika zagęszczenia, to znalazłoby to wyraz w tym porozumieniu. Oczywistym jest bowiem, że skoro pozwany opinię geotechniczną otrzymał w grudniu 2013 r., to nie mógł uwzględnić jej wyników w porozumieniu podpisanym dwa miesiące wcześniej. Mając zaś jej wynik w grudniu 2013 r., zwrócił się do powoda już w dniu 2 stycznia 2014 r., wzywając go do niezwłocznego określenia sposobu i terminu wykonania prac naprawczych.

Nie ma również racji powód, gdy twierdzi, że pozwany nie wykonał postanowień umowy i zaniechał wyłonienia wspólnego eksperta celem ostatecznego sprawdzenia wskaźnika  $I_s$ . Przypomnieć bowiem trzeba, że po otrzymaniu opinii A. B. oraz pisma pozwanego z dnia 2 stycznia 2014 r., powód wraz z pismem z dnia 13 stycznia 2014 r. odwołując się do § 7 pkt 6 umowy przedłożył sprawozdanie zbiorcze sporządzone przez T. Z. (2), którego nie można zakwalifikować jako nowego badania wykonanego na zlecenie wykonawcy w trybie § 5 ust. 4 umowy, a zatem uzasadniającego konieczność wyłonienia wspólnego eksperta w trybie § 5 pkt 5 umowy. W efekcie nie był o więc podstaw do powoływania przez pozwanego kolejnych ekspertów celem ustalenia właściwego wskaźnika zagęszczenia gruntu.

Wątpliwości, co do wyników badań przeprowadzonych na zlecenie powoda przez T. Z. (2), wzmacniała dodatkowo także opinia inż. J. D. i I. D. z lutego 2014 r. (k. 159 – 168), zawierająca uwagi krytyczne wobec badań wykonywanych przy zastosowaniu sondy lekkiej na gruntach, w których występował żwir i kamienie. Także ci eksperci twierdzili, że

badanie powinno się odbywać z użyciem aparatu P. (dającego bezpośrednio wartość IS), a jedynie zastępczo za pomocą płyty statycznej lub dynamicznej. Wskazali, że sondy udarowe stosuje się do określenia wartości zagęszczenia Id, a wartość Is uzyskuje się wówczas z zależności korelacyjnych (przeliczyli oni wyniki sondowań na wartości Id na wartości Is wg prof. P.). Zauważyli też, że w badaniach T. Z. (2) uzyskano łącznie 102 wyniki, przy czym w 21 przypadkach (ok. 20%) nie uzyskano zakładanej wartości Is 0,98.

Ogólnych wniosków, że wykonawca nie wykonał należycie ciężącego na nim zobowiązania, nie mogła skutecznie podważyć także opinia (prywatna) sporządzona na zlecenie powoda we wrześniu 2016 r. przez (...) (k. 967 - 984). Wynikało z niej bowiem jedynie, że nie jest możliwe jednoznaczne i nieobarczone błędem stwierdzenie, iż nie osiągnięto wymaganego wskaźnika zagęszczenia. Nawet jednak ta opinia nie stwierdzała kategorycznie, że zakładany wskaźnik został osiągnięty.

Zaprezentowany powyżej materiał dowodowy w ocenie Sądu Apelacyjnego harmonizuje z opinią biegłego, który przyjął że powód nienależycie wykonał swe zobowiązanie bowiem nie wykazał osiągnięcia zakładanego wskaźnika zagęszczenia w rejonie nasypu.

Uwadze nie może jednak umknąć, że choć w przywoływanych powyżej opiniach prywatnych wykonanych na zlecenie pozwanego, wskazywano, że nie osiągnięto zakładanego wskaźnika zagęszczenia na 20 % terenu nasypu, to jednak kategorycznie tam stwierdzono, że uzyskane zagęszczenie gruntu było wystarczające dla posadowienia hali produkcyjnej. Okoliczność ta jest szczególnie istotna z punktu widzenia roszczeń odszkodowawczych pozwanego, bowiem mimo stwierdzonej wadliwości prac powoda, Inwestor w zasadzie nie poniósł szkody i mógł zrealizować planowane przedsięwzięcie budowlane. Oceny tej nie może zmienić fakt, że biegły sądowy przyjął niewłaściwe zagęszczenie w całym rejonie nasypów, bowiem wynikało to z przyjęcia przez niego założenia, zawartego w normie Geotechnika, zgodnie z którym w przypadku gdy choćby jedno badanie, jedna kontrola lub jeden z odbiorów dał wynik negatywny i nie zostały dokonane poprawki, wykonane roboty należy uznać za niezgodne z wymaganiami. Przyjęcie takie byłoby jednak właściwe tylko w sytuacji, w której nie było rzeczywistych badań na gruncie. Skoro jednak A. B. je wykonał i ani on, ani kolejni eksperci ze strony pozwanego nie negowali możliwości posadowienia hali na tym terenie, a wręcz stwierdzili w swych opiniach, że nasyp został zagęszczony do stanu pozwalającego na bezpieczne posadowienie obiektu, mimo że część wyników (ok. 20% jest nieco niższa od przyjętej w umowie), to nie można uznać, by pozwany poniósł jakąkolwiek szkodę, spowodowaną nienależytym zagęszczeniem gruntu przez powoda.

Znamiennym jest zresztą, że po wykonaniu prac naprawczych, pozwany nie przedstawił wyników osiągniętego zagęszczenia, co zapewne wynikało stąd, że problemem zasadniczym było pozostawienie warstw humusowych. Podkreślenia bowiem raz jeszcze wymaga, że jakkolwiek A. B. w opinii z marca 2014 r. (k. 531-536) powtórzył, że nasyp został zagęszczony do stanu pozwalającego na bezpieczne posadowienie obiektu, to jednak w sprawozdaniu z maja 2014 r. (k. 538-543), w następstwie dokonania 6 wierceń geotechnicznych w dniu wykopu fundamentowego, stwierdził że na głębokości 1,1 m p.p.pt. występują grunty organiczne w postaci piasków próchnicznych i namulów piaszczystych, które nie nadają się jako podłoże budowlane do posadowienia fundamentów.

Podsumowując ten wątek rozważań stwierdzić zatem należy, że to nie kwestia nieosiągnięcia właściwego wskaźnika zagęszczenia, lecz kwestia pozostawienia warstw humusowych, była zasadniczą przeszkodą dla realizacji planów budowlanych pozwanego.

W tym miejscu jedynie dla przypomnienia wskazać trzeba, że analiza umowy łączącej strony pozwalała na jednoznaczne przyjęcie, iż obowiązkiem wykonawcy było nie tylko utworzenie i należyte wykonanie nasypów, ale także usunięcie warstw humusowych. Z kolei okoliczność, że powód nie wywiązał się z tego obowiązku, potwierdza materiał dowodowy zebrany w sprawie.

W szczególności wynika to z treści opinii A. M. (k. 716 -726), który zauważył, że choć w raporcie T. Z. (2) z dnia 30 lipca 2013 r. dotyczącym drenażu na 5 profilach zawartych w kartach otworów, nie wskazano istnienia materiału organicznego, to jednak brązowy kolor osadów w profilu otworów sugerował możliwość występowania tam humusu. Biegły sądowy podkreślił nadto, że także A. B. w opiniach z grudnia 2013 r. i stycznia 2014 r. dopatrywał



się w 14 otworach obecności warstwy osadowej zawierającej humus bezpośrednio pod nasypem. Biegły zaznaczył, że jakkolwiek ppkt 3.2.2.3. PN Geotechnika zezwala przy niwelacyjnych robotach ziemnych poza obiektem budowlanym pozostawić darni i wierzchnią warstwę gleby, w przypadkach, gdy nasyp ma mieć wysokość większą niż 1 metr, tym niemniej w tej sprawie miąższość nasypu była mniejsza, prace służyły posadowieniu obiektu budowlanego (k. 724). Odnotował także, że warstwa humusu pozostawała tam, gdzie powód nasypywał i zagęszczał przemieszczany materiał, zaś tam gdzie powód zdjął (obniżył poziom terenu) nie stwierdzono w otworach obecności piasków próchnicznych (np. otwory 5, 6, 7 i 8 - k. 410 - 413), jednak tam gdzie je przysypał, pod otworami nasypu są piaski próchniczne (np. otwory 25, 26, 27 i 28 - k. 399 - 402).

Szczególnego podkreślenia wymaga i to, iż biegły wyjaśnił, że gdyby utwory zawierające humus występowały wcześniej głębiej w profilu, a nie jedynie na powierzchni terenu, byłoby to ujawnione w Dokumentacji geotechnicznej podłoża gruntowego z 2012 r. (k.494 - 530). Słuchany przed Sądem Okręgowym biegły przekonywująco wytłumaczył, że warstwa gruntów próchnicznych (humusu) znajdowała się na głębokości (tzw. spąg), na której prace wykonywał powód. Nie mogły też one pochodzić z budowy obwodnicy M., gdyż nie była to warstwa wymieszana, lecz układała się zgodnie z budową geologiczną gruntu (równe warstwy).

Opinia ta jest w tej części przekonywująca dla Sądu Apelacyjnego. Biegły wprawdzie nie dokonywał osobistych badań, ani rozpoznania, ale byłoby to bezcelowe z uwagi na upływ czasu, ponadto zeznał, że dysponował wystarczającą ilością materiału dowodowego (odwierty - k. 428, profile litograficzne, mapy dołączone przez strony - k. 271). Przed Sądem Apelacyjnym biegły dodał, że z analizy mapy terenu sprzed prac, jak i położenia głębokościowego stwierdzonego w materiałach sprawy gdzie humus był obecny, jednoznacznie wynikało, że była tam warstwa gleby. W efekcie, po raz kolejny potwierdził, że nieprawidłowością było nieusunięcie warstwy materiałów organicznych przed nasypywaniem kolejnego materiału. Biegły stanowczo przy tym stwierdził, że opiniując bazował na dokumentach złożonych do akt przez obie strony, w tym także na Dokumentacji geotechnicznej podłoża gruntowego z 2012r. i wyjaśnił (k.1511), że jest to materiał wystarczający do stwierdzenia, iż pozostawiono warstwę organiczną, jak również określić jej zasięg, grubość oraz objętość.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego zasadnie nawiązuje do tej dokumentacji, zaś wniosek biegłego, że powód pozostawił w rejonie nasypów warstwy humusowe, jest rzeczywiście spójny ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Przywołać tu w szczególności należy zeznania A. B., który podał, że wykonywał badania w miejscach, gdzie miała być posadowiona hala i na głębokości 4 metrów pod nasypem natrafił na warstwę piasków próchnicznych o szerokości do 1 metra. Stwierdził, że próchniczne, organiczne warstwy były bezpośrednio pod spągiem nasypu, zaś on jest stanie bez badań laboratoryjnych rozpoznać grunty organiczne, gdy z badaniem gruntów zajmuje się 45 lat i jest autorem prawie 50 pozycji, które dotyczą tej dziedziny (transkrypcja k. 1444 odwr. - (...)).

Niemożliwe jest przy tym zdyskwalifikowanie zeznań tegoż świadka i sporządzanych przez niego dokumentów - czego domagał się powód - z tej tylko przyczyny, że wykonywał on opinie dla innych celów. Uzasadnione jest natomiast przyjęcie, że świadka tego nie cechowała jakakolwiek stronniczość, lecz potrzeba dokonania rzetelnej oceny co do tego, czy w zastanych przez niego warunkach gruntowych możliwe jest posadowienie tam budynku. Dzięki temu właśnie dostarczył on cennego materiału dowodowego, mogącego być podstawą tak opinii biegłego, jak i oceny Sądu.

Istotne znaczenie, dopełniające całości obrazu sytuacji miały też zeznania P. P. (2) i A. S.. Pierwszy z nich zeznał (transkrypcja k. 1405 - 1049 odwr.), że jego firma (B.) wykonywała fundamenty pod halę i podczas wykopów pod ławy i stopy fundamentowe natrafiono na nienośne grunty, które już wzrokowo wyglądały niestabilnie, o czym poinformowano inspektora i kierownika budowy. W efekcie podjęto decyzję o wymianie tych gruntów, przy czym na obszarze gdzie miała znajdować się część biurowa, trzeba było tego gruntu wybrać dużo więcej, a „decyzję o wymianie podjął kierownik inspektor, przyjechał geolog, robił badania”. Z kolei A. S. (transkrypcja k. 1410 -1416) dokonywał wymiany i zagęszczenia gruntu na terenie pod halą i parkingami, stwierdził, że „po prostu na górze widać było glinę

i myśmy tę glinę zdejmowali, aż się skończyła, do gruntów nieprzepuszczalnych. Kilka tysięcy metrów sześciennych wymienilem, należność wynika z faktur (...) dowoziłem pospółkę”.

Stan powyższy uzasadnia wnioszek, że w obrębie nasypów powód pozostawił warstwy humusowe, co usprawiedliwiało podjęcie przez pozwanego działań naprawczych w postaci wymiany gruntu, a w procesie umożliwiło mu obronę przed żądaniem pozwu. Pozwany realizował to poprzez zgłoszenie zarzutu z rękojmi i zarzutu potrącenia.

Odnosząc się do zarzutu z rękojmi wskazać należy, że w dacie wykonywania umowy przez strony obowiązywał jeszcze przepis art. 637 k.c. (uchylony przez art. 44 pkt 34 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, zmieniającej ustawę Kodeks Cywilny z dniem 25 grudnia 2014 r.), zgodnie z którym, jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy, natomiast przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów (§ 1). Gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. (§ 2). Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, powód nie usunął wad, za które ponosił odpowiedzialność, mimo wezwania pismem z dnia 2.01.2014 roku (k.67) zatem – co do zasady - pozwanemu przysługiwały roszczenia z tytułu rękojmi, w szczególności miał on możliwość skorzystania z uprawnienia z tytułu rękojmi o obniżenie wynagrodzenia, zaś upływ czasu, który doprowadził do wygaśnięcia tego roszczenia, nie zamknął mu bynajmniej drogi do powołania się na taki zarzut z rękojmi w trybie art. 568 § 3 k.c. w brzmieniu poprzednio obowiązującym, co zostało przesądzone przez Sąd Apelacyjny przy poprzednim wyrokowaniu w sprawie.

Istotą obniżenia ceny, w oparciu o art. 637 § 2 k.c. i powiązany z nim – z mocy art. 638 k.c. - przepis art. 560 k.c., jest przywrócenie pełnej ekwiwalentności świadczeń stron danej umowy, przez co obniżone wynagrodzenie powinno pozostawać w takiej proporcji do wynagrodzenia wynikającego z umowy, w jakiej wartości rzeczy z wadą pozostają do wartości rzeczy bez wady. Sąd winien zatem ustalić te wartości, a następnie poprzez zastosowanie tej proporcji do umówionej przez strony ceny odpowiednio ją skorygować. Różnica wartości rzeczy wolnej od wad i rzeczy wadliwej ma znaczenie tylko dla wyliczenia tego stosunku. Decydująca zatem jest proporcja wartości rzeczy wolnej od wad i wartości rzeczy wadliwej.

Owa proporcja nie została przez jednak pozwanego wykazana, bowiem nie może być ona tożsama ze stwierdzeniem, że powód nie osiągnął wymaganego wskaźnika zagęszczenia dla ponad 20% uzyskanych wyników. Nie można też przyjąć, że ze stwierdzenia biegłego, który stosując normę Geotechnika założył niewłaściwe wykonanie zobowiązania na 40% zakresu prac (tyle stanowiły nasypy) wynikać by miała możliwość obniżenia o 40%. Idąc tym tropem rozumowania pozwanego i tak odczytując opinię biegłego uznać by należało, że powód nie osiągając zakładanego wskaźnika zagęszczenia w ogóle nie wykonał swego zobowiązania, co jest nielogiczne w kontekście wszystkich opinii prywatnych, dopuszczających możliwość prowadzenia dalszych prac przy stwierdzonych uchybieniach powoda.

O tym, jak bardzo zawodny miałby być w tej sprawie „miernik” procentowy wynikający z opinii biegłego, świadczy też to, że przyjęty przez biegłego wskaźnik 20% dotyczący obszaru gruntu, na którym powód pozostawił warstwy humusowe, obejmowałby też m.in. rejon tzw. oczka wodnego, gdzie niewątpliwie inż. A. B. potwierdził usunięcie warstw humusowych (i co ostatecznie zostało uznane za bezsporne przez strony na ostatniej rozprawie apelacyjnej).

Z tego też względu apelacja pozwanego, który domagał się oddalenia powództwa w całości na skutek obniżenia wynagrodzenia powoda o 40% nie zasługiwała na uwzględnienie i podlegała oddaleniu w trybie art. 385 k.p.c..

Powyższe uzasadniało natomiast dokonanie oceny obrony podjętej przez pozwanego głównie przez pryzmat zgłoszonego przez niego zarzutu potrącenia, opartego na poniesionych kosztach usunięcia wad. Na marginesie tylko dodać należy, że niekiedy przyjmuje się, że również rękojmiane obniżenie wynagrodzenia „w odpowiednim stosunku” (art. 637 § 2 zd. 1) także oznacza obniżenie wynagrodzenia o koszt usunięcia wad (zob. wyrok SN z 10

stycznia 2008 r., IV CNP 147/2007,(...)nr (...)), co matematycznie w tej sprawie doprowadziłoby do tego samego wyniku, tym niemniej zarzutu z rękopisem pozwany nie sformułował w ten sposób.

Jak to wyżej wywiedziono, roszczenie odszkodowawcze pozwanego, gdyby dotyczyło samej tylko kwestii nieosiągnięcia zakładanego wskaźnika zagęszczenia, nie mogłoby być uwzględnione, wobec braku związku przyczynowego pomiędzy punktowo niższym zagęszczeniem a możliwością posadowienia hali. Ostatecznie Sąd Apelacyjny nie neguje faktu i potrzeby wykonania przez pozwanego prac naprawczych, ale konieczność tych prac wiąże przede wszystkim z potrzebą wymiany warstw humusowych w obrębie nasypów, uznając że z tym dopiero powiązane było zagęszczenie gruntu.

Wobec tego zauważyć należy, że zarzut potrącenia został oparty na fakturach pochodzących od firmy (...) (k. 603,604) i firmy (...) (k. 608), wynikających z prac naprawczych, podjętych przez pozwanego w czerwcu 2014 r. Jak to zostało wykazane wcześniej, pozwany dowiódł konieczności przeprowadzenia prac związanych z wymianą gruntu. Nie może być przy tym uznane za słuszne stanowisko powoda, który obecnie zarzuca, że same faktury Vat nie mogą stanowić podstawy do wyliczenia szkody, jeśli zważyć, że to właśnie powód oponował (k. 589) wnioskowi dowodowemu pozwanego o zbadanie przez biegłego kosztu usunięcia wad, niezbędnego doprowadzenia gruntu do stanu zgodnego z umową (k. 559), przez co Sąd nie prowadził postępowania dowodowego w tym kierunku. Natomiast nie zamykało to drogi do przeanalizowania przez Sąd we własnym zakresie przedłożonych faktur. W następstwie tej analizy Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie można mieć zastrzeżeń do faktur pochodzących od A. S., które w powiązaniu z jego zeznaniami pozwalają przyjąć, że dokonywał on wymiany gruntu na terenie objętym uprzednio pracami powoda i mimo, że – jak zeznawał dowodził także pospółkę (co zgodnie z umową stron wymagałoby pomiędzy nimi dodatkowego porozumienia) – to jednak także prace tego rodzaju, jako pozostające w związku przyczynowym z niewłaściwym wykonaniem robót przez powoda, muszą powoda obecnie obciążać.

Natomiast takiego związku Sąd nie dopatrył się w wykonywaniu przez firmę (...) prac opisanych w pkt 4, 5, 10 i 11 kosztorysu (k. 611), załączonym do faktury tej firmy, a to wobec niewykazania przez pozwanego, że prace związane z użyciem betonu miały jakkolwiek związek z wymianą gruntu.

Po odjęciu należności opisanych w tych pozycjach, z faktury B. pozostała kwota 17.472,90 zł brutto, co w połączeniu z należnościami z pozostałych faktur (226.418,40 zł brutto) daje kwotę 243.891,30 zł brutto. Do tej właśnie kwoty okazał się zatem uzasadniony podnoszony przez pozwanego zarzut potrącenia (opiewający na kwotę 318.718 zł – k. 877 i 879). Nie budzi przy tym wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że pozwany, który uiścił należności brutto, takie właśnie kwoty (a nie kwoty netto) może przedstawić do potrącenia.

Powyższe sprawia, że kwota dochodzona pozwem, tj. 356.094,60 zł podlegała pomniejszeniu do 112.203,30 zł, a że zasądzono dotąd od pozwanego 37.376,15 zł, Sąd Apelacyjny w trybie art. 386 §1 k.p.c. zasądził dodatkowo kwotę 74.827,15 zł, uwzględniając w takim zakresie apelację powoda.

W następstwie zmiany wyroku Sądu I instancji w zakresie dochodzonego pozwem roszczenia, korekty wymagało również rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, przy czym w odniesieniu do kosztów zastępstwa procesowego pełnomocników stron Sąd odwoławczy przyjął podwójne stawki za obie instancje, nie uwzględniając tu dalej idącego wniosku powoda, który domagał się stawki sześciokrotnej.

Ostatecznie powód wygrał proces w pierwszej instancji w około 31% (112.203,30 zł / 356.094,60 zł), zaś pozwany utrzymał się z obroną w około 69 %. Wobec tego stosownie do treści art. 100 zd. 1 k.p.c. powinni oni w takim stosunku ponieść koszty postępowania przed Sądem Okręgowym. Wobec tego, że powód wydatkował na ten cel łącznie 35.651 zł (opłata od pozwu – 17.805 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w podwójnej stawce z uwagi na nakład pracy - 14.417 zł, wydatki na opinie biegłego – 1.500 zł + 1.929 zł), zaś koszty pozwanego wyniosły 33.722 zł (również 14.417 zł na wynagrodzenie pełnomocnika, 1.500 zł – tytułem zaliczek na poczet opinii sądowych oraz 17.805 zł – opłata od apelacji), zatem stosunkowe rozliczenie tych wydatków skutkowało zobowiązaniem powoda do zwrotu pozwanemu kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego w wysokości 12.216,37 zł (33.722 x 69% - 35.651 x 31%).

Przy zachowaniu tej samej zasady, na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, należało ściągnąć od stron koszty procesu poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa (łącznie 1939,88 zł), a zatem od powoda kwotę 1.338,58 zł a od pozwanego kwotę 601,40 zł.

O kosztach procesu za drugą instancję postanowiono w pkt IV, mając na uwadze wynik postępowania apelacyjnego (31%-69%) oraz treść art. 100 zd. pierwsze k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c.

Zważywszy, że powód poniósł koszty w kwocie 32.136 zł (w tym : 15.936 zł opłata od apelacji + 16.200 zł wynagrodzenie pełnomocnika), zaś pozwany 18.069 zł (1.869 zł opłata od apelacji+ 16.200 zł wynagrodzenie pełnomocnika), przez co łączne koszty wyraziły się kwotą 50.205 zł, uznać należało, że część obciążająca pozwanego (31%) wynosi 15.563,55 zł, zaś uiszczoną przez niego nadpłatę, tj. 2505,65 zł (18.069 zł -15.563,55 zł), powód winien mu zwrócić.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

(...)