

Sygn. akt I AGa 107/19

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Protokolant	:	Justyna Stolarewicz

po rozpoznaniu w dniu 30 stycznia 2020 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)w O.

przeciwko S. W. (1) i (...) w W.

### **o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 11 czerwca 2019 r. sygn. akt V GC 77/18

### **I. zmienia zaskarżony wyrok:**

1) **w punkcie I w ten sposób, że zasądza na rzecz powoda (...) z O. od pozwanych S. W. (1) i (...) w W. in solidum kwotę 18.100 (osiemnaście tysięcy sto) zł wraz z ustawowymi odsetkami jak za opóźnienie liczonymi:**

a) **od pozwanego S. W. (1) od dnia 5 września 2017 r. do dnia zapłaty,**

b) **od pozwanego (...) w W. od dnia 9 marca 2018 r. do dnia zapłaty, z tym zastrzeżeniem, iż spełnienie świadczenia przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego w części, w jakiej świadczenie zostanie spełnione,**

- **ponadto zasądza od pozwanego S. W. (1) na rzecz powoda (...) z O. kwotę 5.000 (pięć tysięcy) złotych z ustawowymi odsetkami jak za opóźnienie licznymi od dnia 5 września 2017 r. do dnia zapłaty,**

c) **oddala powództwo w pozostałej części;**

2) **w punkcie II w ten sposób, że zasądza od powoda:**

a) **na rzecz pozwanego S. W. (1) kwotę 3.453 (trzy tysiące czterysta pięćdziesiąt trzy) złotych**

b) **na rzecz pozwanego (...) w W. kwotę 2.370 (dwa tysiące trzysta siedemdziesiąt) złotych**

**- tytułem zwrotu części kosztów procesu;**

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

**III. zasądza od powoda na rzecz:**

1) **pozwanego S. W. (1) kwotę 1.957 (jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt siedem) złotych,**

2) **pozwanego (...) w W. kwotę 802,86 (osiemset dwa 86/100) złotych**

**- tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód - (...) w O., po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa, wniósł o:

- zasądzenie od pozwanego S. W. (1) kwoty 196.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 5 września 2017r. do dnia zapłaty,

- zasądzenie od (...) kwoty 100.000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 80.000 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, a od kwoty 20.000 zł od dnia rozszerzenia powództwa do dnia zapłaty, z ustaleniem, że spełnienie świadczenia przez któregokolwiek z pozwanych zwalnia z obowiązku świadczenia drugiego pozwanego w części, w jakiej świadczenie zostanie spełnione.

Powód wniósł również o zasądzenie solidarnie od pozwanych na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wskazał, iż zawarł z pozwanym S. W. (1) w dniu 2 listopada 2016 r. umowę o roboty budowlane, w ramach której pozwany zobowiązał się do wykonania robót polegających na stabilizacji gruntu spoiwem hydraulicznym na powierzchni 20.000m<sup>2</sup>, na głębokość 25 cm wraz z wyprofilowaniem i zagęszczeniem powierzchni oraz robót polegających na dostarczeniu i wbudowaniu betonu B-10 (C 8/10) – na powierzchni 20.000 m<sup>2</sup> i grubości warstwy betonu (+/- 10%) wraz z wyprofilowaniem i zagęszczeniem. Roboty te miały zostać wykonane w miejscowości B. przy drodze krajowej nr (...), gdzie powód realizuje inwestycję - budowę hali. Prace miały zostać wykonane do 30 marca 2017 r. Pozwany przystąpił do realizacji umowy i zakończył prace w dniu 18 kwietnia 2017 r., wystawiając powodowi fakturę VAT nr (...) na kwotę 246.000 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie stabilizacji gruntu. Powód fakturę tę opłacił. Po pewnym czasie zaczęły ujawniać się wady wykonanej przez pozwanego stabilizacji gruntu w zakresie jego nośności oraz jego zagęszczenia i powód zlecił przeprowadzenie badań gruntu geodecie, który stwierdził, że w przeważającej większości badanego terenu nie osiągnięto wymaganego zagęszczenia i ponad połowa badanego terenu nie spełnia założonych parametrów. Kwota, której powód dochodzi w przedmiotowym postępowaniu stanowi częściowe odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwanego S. W. (1).

Dalej wskazał, że pozwany S. W. (1) zgłosił roszczenie odszkodowawcze swojemu ubezpieczycielowi (...)w W., u którego miał wykupioną polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej. Powód zwrócił się z do ubezpieczyciela z żądaniem zapłaty, które jednak nie zostało uwzględnione.

Pozwany S. W. (1) wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Zakwestionował powództwo zarówno co do zasady, jak i wysokości.

Pozwane (...)w W. również wniosło o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu. Zanegowało istnienie ochrony ubezpieczeniowej, jak też wysokość dochodzonej kwoty.

Wyrokiem z dnia 11 czerwca 2019 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie w punkcie I oddalił powództwo w stosunku do obu pozwanych; w punkcie II zasądził powoda na rzecz pozwanych po 5.417 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Powód (...)w O. i pozwany S. W. (1) w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zawarli w dniu 2 listopada 2016r. umowę o roboty budowlane. W jej ramach Inwestor (powód) zlecił Wykonawcy (pozwanemu) wykonanie prac polegających na:

1a) stabilizacji gruntu spoiwem hydraulicznym na powierzchni 20.000m<sup>2</sup> na głębokość 25 cm wraz z wyprofilowaniem i zagęszczeniem powierzchni;

1b) dostarczeniu i wbudowaniu betonu B-10 (C 8/10) na powierzchni 20.000m<sup>2</sup> i grubości warstwy betonu 15 cm (+/- 10%) wraz z wyprofilowaniem i zagęszczeniem

w miejscowości B. przy drodze krajowej nr (...).

Strony ustaliły, że roboty zostaną wykonane z materiałów dostarczonych przez Wykonawcę i przy użyciu jego sprzętu i narzędzi. Ustaliły również, że za wykonanie prac, o których mowa w pkt.1a, Inwestor zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 11,00zł./m<sup>2</sup> netto powiększone o należyty podatek VAT, w terminie 7 dni po jej zakończeniu.

Zawierając umowę strony nie sprecyzowały innych, poza wskazanymi w pkt.1a, parametrów stabilizacji gruntu. Nie określono ani klasy wytrzymałości, ani wskaźnika zagęszczenia ani nośności. Do umowy nie dołączono żadnej dokumentacji technicznej tj. projektu wykonawczego, specyfikacji technicznej ST, rysunków roboczych, opisu robót do wykonania. Kwestii tej nie regulowała też dokumentacja dotycząca planowanej inwestycji. Prace nie były wykonywane pod nadzorem.

Dla pozwanego S. W. (1) i jego pracowników „stabilizacja gruntu” oznaczała osuszenie terenu i jego umocnienie w sposób umożliwiający wjazd na ten teren ciężkiego sprzętu. Ze względu na ukształtowanie powierzchni (niestabilny nasyp), porę roku (przełom zimy i wiosny) oraz grząski grunt, na którym miejscami stała woda, położenie betonowej platformy wymagało uprzedniego wzmocnienia nawierzchni.

Również dla J. G. (1) „stabilizacja gruntu” oznaczała taki rodzaj stabilizacji, który miał umożliwić wjazd na teren pojazdów z betonem.

„Stabilizacja gruntu” w rozumieniu norm obowiązujących w budownictwie i drogownictwie oznacza wykonanie, w wyniku kontrolowanego procesu technologicznego, polegającego na zmieszaniu gruntu z optymalną ilością cementu i wody, a w razie potrzeby i innych dodatków ulepszających, wyrównanej i zagęszczonej warstwy, która po stwardnieniu w wyniku ukończenia procesu wiązania cementu pozwala na uzyskanie warunków do formowania kolejnych warstw nawierzchni drogowej lub posadzek (posiada określoną wytrzymałość, zagęszczenie i nośność) oraz zapewnia

odporność wykonanych nawierzchni np. na wpływy związane z przemarzaniem. Zasady prawidłowości wykonywania poszczególnych elementów wskazanej stabilizacji obejmują kontrolę charakterystyk technicznych dla poszczególnych warstw czy poziomów.

Według wskaźników (...)koszty robót polegających na „Ulepszeniu podłoża poprzez wykonanie mieszanki 2,5 MPa wraz z pielęgnacją przez posypanie piaskiem i polewanie wodą, grubość warstw po zagęszczeniu 15 cm”, wykonanych zgodnie z kryteriami wskazanymi wyżej, wynosiły od 25,65 zł/m<sup>(2)</sup> do 38,38 zł/m<sup>(2)</sup>, a dla warstwy 25 cm cena minimalna wynosiła 42,75zł/m<sup>(2)</sup>.

Pozwany wykonał prace polegające na stabilizacji wskazanego gruntu na powierzchni 20.000m<sup>2</sup>, za co w dniu 18 kwietnia 2017 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 246.000,02zł. W trakcie dokonywania wskazanych robót przez pozwanego, powód nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń, co do sposobu wykonania tych prac.

Po wykonaniu stabilizacji gruntu przez pozwanego, po placu jeździł 20-tonowy walec, który ubijał teren. Na plac mógł wjechać inny sprzęt.

Prace zostały przez powoda odebrane, a po otrzymaniu faktury, powód wynikającą z niej należność opłacił w terminie.

Po zakończeniu prac określonych w pkt.1a umowy, pozwany zalecał, aby ze względów technologicznych odczekać 28-30 dni w celu uzyskania pewności, że grunt się utwardził i związał w sposób właściwy. Powód nalegał, aby pozwany wcześniej przystąpił do kolejnego etapu prac.

Na przełomie kwietnia i maja 2017r. wykonanie dalszych prac, które pierwotnie obejmował pkt. 1b umowy zawartej pomiędzy powodem a pozwanym, powód zlecił innemu wykonawcy - firmie (...), która w międzyczasie została wyłoniona, jako generalny wykonawca całej inwestycji.

W niedługim czasie po zakończeniu prac przez S. W. (1), na utwardzony przez niego plac zaczęły wjeżdżać samochody wożące deski i szalunki.

W maju 2017 r. inspektor M. W., który został wyznaczony do nadzoru budowy hali i który w tym miesiącu pojawił się na wymienionej budowie, stwierdził, że teren nie nadaje się do obsługi budowy, gdyż grunt był tylko lekko związany i zapadał się przy wjeździe samochodów.

W czerwcu 2017 r. powód zlecił inż. M. I. ocenę jakości wykonania robót przez S. W.. Podczas wizji na budowie dokonano dziewięciu odwiertów, w których stwierdzono zróżnicowaną grubość warstw stabilizacji. Grubość ta wahała się od 10 do 80cm.

W celu wzmocnienia gruntu (...) wysypała na powierzchni placu kruszywo łamane, w formie sieci dróg, co umożliwiała poruszanie się pojazdów. Przed wysypaniem kruszywa, na gruncie pozostawionym przez pozwanego nie dokonywano innych prac. W roku 2018, tj. po upływie roku od wzmocnienia gruntu kruszywem przez (...) kiedy prace przy budowie hali uległy zaawansowaniu i postawiono słupy oraz dach, okazało się, że grunt z nasypanym kruszywem jest za wysoki, co wymagało jego obniżenia o 15 cm. Zebranie gruntu nastąpiło w 2018r.

(...)nie wykonała prac określonych w pkt.1b umowy łączącej powoda z pozwanym w technologii, którą umowa ta przewidywała tj. nie wbudowała betonu B-10 (C 8/10). Po uwzględnieniu wskazań gleboznawcy, powód zmienił sposób wykonania podbudowy pod posadzkę.

W okresie od 8 grudnia 2016 r. do 7 grudnia 2017r. pozwanego S. W. (1) łączyła z (...) w W. umowa ubezpieczenia OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej (...), potwierdzona polisą nr (...). Umowa ta zawierała podlimit w ramach sumy gwarancyjnej w kwocie 100.000 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Powód zgłosił roszczenie pozwanemu (...) w W., które po przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego pod nr szkody: (...) - 01 odmówiło wypłaty odszkodowania, uznając, że umowa ubezpieczenia zawarta z wykonawcą robót nie obejmuje swoją ochroną takiego zdarzenia.

Ustalając powyższy stan faktyczny, Sąd Okręgowy uznał za miarodajne zeznania J. G. i S. W. tj. zeznania stron w zakresie dotyczącym rzeczywistej woli stron w odniesieniu do treści pkt.1a umowy i użytego tam terminu „stabilizacja”. Za wiarygodne Sąd uznał również zeznania świadka D. M. oraz pozwanego S. W. w odniesieniu do faktu, iż po wykonaniu prac przez pozwanego, na teren budowy mógł wjechać sprzęt ciężki. Sąd uznał za wiarygodne zeznania wymienionych osób również, co do tego, jak przebiegała współpraca pomiędzy stronami w zakresie realizacji umowy z dnia 2 listopada 2017r., jakie prace w jej ramach wykonał S. W., a jakie (...).

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka M. W. w części, w jakiej świadek podał, iż po wykonaniu prac przez pozwanego należało zdjąć 15 cm nawierzchni gruntu. Okoliczności tej zaprzeczył w swoich zeznaniach J. G., reprezentujący powoda, który podał, iż wprawdzie zdjęcie 15 cm gruntu rzeczywiście miało miejsce, jednakże nastąpiło to rok po zakończeniu prac przez pozwanego S. W. i wynikało z faktu, iż warstwa żwiru nasypiana przez D. okazała się zbyt wysoka.

Ustalając stan faktyczny Sąd oparł się także o opinię biegłego sądowego, zaznaczając jednocześnie, że nie wszystkie wnioski opinii były przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 – 658 k.c.). Ocenę odpowiedzialności pozwanego Sąd przeprowadzał w oparciu o art. 471 k.c. Wskazał, że odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. wymaga spełnienia przesłanek, jakimi są: szkoda, niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego zobowiązania, związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą, która musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Na wierzycielu spoczywa obowiązek udowodnienia istnienia zobowiązania i jego treści, niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, powstania szkody i jej rozmiaru, związku przyczynowego, przy czym przepis art. 471 in fine k.c. zawiera domniemanie prawne, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Wzruszenie domniemania z art. 471 in fine k.c. obciąża dłużnika.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powód udowodnił istnienie zobowiązania oraz wykazał, iż pozwany nie wykonał zobowiązania określonego w pkt.1a wymienionej umowy w sposób zgodny z treścią tej umowy. Pozwany miał dokonać stabilizacji gruntu spoiwem hydraulicznym na powierzchni 20.000m<sup>2</sup>, na głębokość 25 cm, natomiast nie we wszystkich badanych miejscach taką głębokość stabilizacji osiągnięto. Okoliczność ta statuuje odpowiedzialność pozwanego.

Zdaniem Sądu, pozwany jednakże wykazał, iż stwierdzony w maju brak stabilizacji wskazanego gruntu nastąpił z przyczyn, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności oraz, że pomiędzy wykonaniem przez niego umowy, a szkodą powoda, nie zachodzi adekwatny związek przyczynowy.

Sąd zauważył, iż pozwany zobowiązał się do „stabilizacji gruntu”. Pojęcia „stabilizacji” nie można jednak w tym przypadku utożsamiać z pojęciem „stabilizacji gruntu” w rozumieniu zasad, jakie występują w budownictwie i drogownictwie, i nie można tych standardów przykładać do ceny jakości prac wykonanych przez pozwanego. Zwrócił na to uwagę również biegły, który wskazał, iż „stabilizacja gruntu” może być rozumiana również, jako wykonanie jakiegokolwiek utwardzenia dla potrzeb technologicznych, umożliwiających wjazd, poruszanie się po placu budowy. O tym, że strony nie umówiły się na dokonanie „stabilizacji” według rygorystycznych kryteriów formalnych świadczy, iż cena, na jaką się umówiły (11 zł/m<sup>2</sup>) była nieomal pięciokrotnie niższa od tej, jaka występowała na rynku w przypadku „stabilizacji” profesjonalnej. Sąd dostrzegł, że zarówno pozwany, jak i powód, przyznali, iż stabilizacja, o której mowa w pkt. 1 umowy, miała jedynie umożliwić wjazd na plac budowy ciężkiego sprzętu. Sam powód stabilizację tę określał mianem „doraźnej”. Powód przyznał także, że w trakcie prac wykonywanych przez pozwanego, widział na placu ciężkie

pojazdy. Jak wynika z zeznań pozwanego, po placu zdołał poruszać się 20 - tonowy walec, który ubijał teren. Również świadek D. M. podał, iż po wykonaniu pracy przez pracowników pozwanego, na ten teren można było wjechać ciężkim sprzętem. Skoro strony nie określiły żadnych bliższych kryteriów poziomu stabilizacji a jedynym weryfikowalnym rezultatem umowy w pkt.1a miała być możliwość poruszania się po placu ciężkich pojazdów - co nastąpiło - to pomimo istnienia pewnych braków w głębokości stabilizacji, określony w pkt.1a cel umowy został osiągnięty. Pomiedzy takim sposobem wykonania umowy, a szkodą ocenianą w odniesieniu do tej części umowy, nie zachodzi adekwatny związek przyczynowy.

Określony w pkt.1a cel umowy osiągnięty został nawet pomimo tego, że spoiwo, którym pozwany dokonał zagęszczenia gruntu, nie było dobrane w sposób gwarantujący rezultat „profesjonalny”. W odniesieniu do tej kwestii Sąd odnotował, że biegły D. F. w opinii zasadniczej uznał, iż przyczyną wystąpienia wady było użycie niewłaściwego spoiwa, także bez oceny potrzebnej jego ilości. W opinii uzupełniającej biegły stwierdził jednakże, że „samo wymieszanie spoiwa niezależnie od jego rodzaju i jakości, doprowadziło do pewnego osuszenia gruntu (...), podjęte działania mogły doprowadzić do utwardzenia pewnej części powierzchni (...) prace związane z wymieszaniem gruntu ze spoiwem wykonywane były zapewne na wyprofilowanym podłożu, natomiast efekt zagęszczenia mógł, choć nie musiał, być osiągnięty (...)”.

Skoro strony w ramach zawartej umowy nie umówiły się na wykonanie stabilizacji „profesjonalnej”, spełniającej kryteria w budownictwie i drogownictwie lecz na tanią stabilizację „doraźną”, będącą formą osuszenia gruntu i tylko pewnym utwardzeniem, to w świetle tak określonych warunków uznać trzeba, że prace wykonane przez pozwanego, nawet przy uwzględnieniu zastrzeżeń dotyczących spoiwa, kryteria te spełniły.

Za przekonujące Sąd uznał twierdzenia pozwanego, iż zalecał on wstrzymanie intensywnych działań na placu przez okres około miesiąca, po to, aby umożliwić lepsze związanie i utwardzenie gruntu. Powodowi zależało na czasie i nie zastosował się do tego. Niezabezpieczona stabilizacja została „rozjechana” przez samochody, które wozily deski i szalunki.

Sąd wskazał, że twierdzenia pozwanego zmierzające do obalenia obciążających go domniemań nie zostały podważone przez stronę powodową. Strona powodowa w toku postępowania zrezygnowała z dowodu z przesłuchania świadków, ograniczając swoją inicjatywę głównie do opinii biegłego, zeznań świadka M. W. i dowodu z przesłuchania stron. Tymczasem dowód z zeznań J. G. przesłuchanego w charakterze strony nie tylko nie podważył wskazywanych przez pozwanego przesłanek egzoneracyjnych, ale przesłanki te uwiarygodnił. J. G. (1) podał wprawdzie, że po tym, jak opłacił fakturę wystawioną przez pozwanego stwierdził, iż „to, co zrobił pan W. nie umożliwia wjazdu ciężkiemu sprzętowi” jednakże z wypowiedzi tej nie wynika, aby powód zaprzeczył okolicznościom podawanym przez pozwanego a zwłaszcza, by zaprzeczył temu, że stabilizacja została „rozjechana” przez zbyt wcześnie wpuszczone na plac budowy samochody dostawcze. Świadek M. W. podał z kolei, iż „nie sądzi”, aby po opuszczeniu placu budowy przez pozwanego, po tym placu jeździł jakiś ciężki sprzęt. Świadek ten na budowie pojawił się jednak dopiero w maju 2017r.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że tezy pozwanego, iż gdyby nie został usunięty z budowy i miał możliwość wykonania drugiego etapu prac, to powstałaby odpowiednia platforma betonowa, nie podważa opinia biegłego D. F.. Biegły stwierdził, iż wady przedmiotu umowy w zakresie pkt.1a nie mogły zostać zniwelowane poprzez dalsze wykonanie umowy tj. w zakresie pkt.1b umowy, ponieważ nie osiągnięto wymaganych charakterystyk ulepszonego podłoża i w takich okolicznościach nie było warunków do prawidłowego i zgodnego z zasadami sztuki budowlanej działania polegającego na dostarczeniu (w tym przewiezieniu przez plac budowy) i wbudowaniu betonu B-10 (C 8/10). Wnioski wynikające z tej opinii, w ocenie Sądu, trudno jednak uznać za miarodajne w tej sprawie. Konkluzje swoje biegły sformułował nie wiedząc dokładnie, na jaką stabilizację umówiły się strony. Formułując swoją opinię biegły nie dysponował jeszcze materiałem z osobowych źródeł dowodowych, w tym przede wszystkim z zeznań J. G. i S. W..

Odnosząc się do wysokości szkody, Sąd pierwszej instancji wskazał, iż powód nie wykazał ani zakresu szkody, ani miarodajnego sposobu oszacowania jej wartości. Z pisma rozszerzającego powództwo wynika, iż punktem odniesienia dla przyjętej przez powoda kwoty, były wartości ustalone w opinii biegłego D. F.. Biegły szacując koszt

usunięcia stwierdzonych wad założył przeprowadzenie powtórnej stabilizacji, po uprzednim wzruszeniu powierzchni, opracowaniu receptury roboczej i ew. zmianie spoiwa (do kosztów tych biegły doliczył mechaniczne laboratoryjne ok. 5.000 zł. Powód jednak nie wykonał czynności, na które wskazywał biegły. Powód nie usunął stabilizacji dokonanej przez pozwanego, lecz stabilizację tę w pełni zachował, wzmacniając ją jedynie warstwą kruszywa łamanego. Jakie były koszty związane ze wspomnianym wysypaniem kruszywa, tego powód nie podał, zaś z faktur dołączonych do pisma powoda z dnia 24.04.2019r. okoliczność ta nie wynika. Zważywszy na fakt, iż faktury te dotyczą okresu od czerwca 2017r. do marca 2018r. nie da się ustalić, na ile odnoszą się one do przedmiotowych kosztów.

Przyjmując, że powód nie udowodnił swego roszczenia w stosunku do S. W. (1), Sąd Okręgowy powództwo oddalił. Wobec braku odpowiedzialności S. W. (1), oddalił także powództwo wobec(...) w W..

O kosztach postanowił na podstawie art 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości w stosunku do obu pozwanych. Wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na uznaniu zeznań pozwanego S. W. (1) za wiarygodne w zakresie, w jakim po wykonaniu prac przez pozwanego na teren budowy mógł wjechać ciężki sprzęt w sytuacji, gdy:

a) pozwany S. W. (1), słuchany w trybie informacyjnego wysłuchania stron nie wskazał na tę okoliczność na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r.,

b) pozwany S. W. (1), słuchany w trybie informacyjnego wysłuchania stron na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r. przyznał, iż pierwszy etap realizacji umowy o roboty budowlane z dnia 2 listopada 2016 r. został przez niego wykonany wadliwie, podczas gdy na rozprawie w dniu 28 maja 2019 r., a więc już po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w zdecydowanej większości, diametralnie zmienił stanowisko, twierdząc, iż teza o niewłaściwym wykonaniu pierwszego etapu umowy została postawiona przez (...) w O. jedynie w tym celu, aby przejąć od niego wykonanie ostatecznej stabilizacji gruntu,

c) stwierdzenie przez powoda J. G. (1), że widział na placu budowy gruchy z cementem nie dotyczyło okresu po wykonaniu I etapu prac z umowy i roboty budowlanej z dnia 2 listopada 2016 r. przez pozwanego ad. 1, lecz miało miejsce w trakcie wykonywania przez niego tych prac, gdyż było to konieczne do ułożenia stabilizacji gruntu ze spoiwem (betonem), co prowadzi do wniosku, że J. G. (1), wbrew odmiennemu ustaleniu Sądu I instancji, nie przyznał, iż widział na placu budowy „gruchy z cementem”, po wykonaniu prac przez pozwanego,

d) świadek D. M. (2) na rozprawie z dnia 28 maja 2019 r. w żadnym momencie swoich zeznań nie stwierdził, wbrew odmiennemu ustaleniu Sądu Okręgowego, iż po wykonaniu prac przez pozwanego S. W. (1) po placu budowy mógł jeździć ciężki sprzęt,

2) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. i 232 k.p.c. polegające na dokonaniu niewłaściwej oceny dowodu w postaci przesłuchania pozwanego S. W. (1) w części, w której zeznał on, że wykonanie prac określonych w § 1 ust. 1 pkt b) umowy zniwelowałyby wady prac wykonanych, jako § 1 ust. 1 pkt a) umowy i przyjęciu tej okoliczności za udowodnionej w sytuacji, gdy z opinii biegłego D. F. (2) wynika, że „wady przedmiotu umowy w zakresie § 1 pkt 1 a) nie mogły powstać zniwelowane poprzez dalsze wykonanie umowy” (vide: opinia podstawowa z dnia 20 września 2018 roku, str. 15 - 16), a nadto iż „brak nośnego, jednorodnego podłoża pod tą warstwą podbudowy może negatywnie wpływać na eksploatację posadzek w czasie” (vide: opinia uzupełniająca z dnia 6 grudnia 2018 roku, str. 9 - 10), jak również wobec faktu, iż pozwany na tę okoliczność, z której wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, nie zawnioskował jakiegokolwiek dowodu, a w szczególności dowodu z opinii biegłego, wskutek czego dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenie w tym zakresie należy uznać za dowolne;

3) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na błędnym ustaleniu przez Sąd Okręgowy, iż strony umowy o roboty budowlane z dnia 2 listopada 2016 roku umówiły się w zakresie dotyczącym pierwszego etapu realizacji tej umowy ujętego w § 1 ust. 1 pkt a) jedynie na stabilizację rozumianą potocznie jako jakiekolwiek utwardzenie podłoża i jeżdżenie po niej ciężkim sprzętem - niezależnie od skutków - podczas gdy pozwany będąc autorem projektu umowy i wszystkich jej zapisów oraz użytych w niej terminów przystępował do jej wykonania jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą, zaś S. W. (1) w toku rozprawy w dniu 26 lipca 2018 roku sam wyrażał przekonanie, że wykonana przez niego stabilizacja będzie mocniejsza, co oznacza, że sam S. W. (1) miał świadomość, iż stabilizacja ta miała wykazywać rzeczywiste cechy nośności a nie utwardzenia w rozumieniu potocznym, i umożliwiać kontynuowanie prac budowlanych bez jej zniszczenia, a nie jedynie umożliwiać wjeżdżanie bliżej niesprecyzowanym przez Sąd Okręgowy ciężkim sprzętem,

4) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na uznaniu, iż określony w § 1 ust 1 pkt a) łączącej stron umowy cel został osiągnięty, podczas gdy na rozprawie w dniu 26 lipca 2018 r. S. W. (1) sam przyznawał, że wykonana przez niego stabilizacja, powinna być mocniejsza, zaś z opinii biegłego sądowego D. F. (2) wynika, że wykonane prace nie spowodowały efektu w postaci osiągnięcia stabilizacji podłożona pozwalającego na kontynuację robót budowlanych,

5) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 471 k.c. w zw. z art. 361 k.c. i art. 6 k.c. polegające na oddaleniu powództwa z uwagi na jego nieudowodnienie, w sytuacji gdy zarówno szkoda, jak i jej wysokość zostały udowodnione w toku postępowania dowodami w postaci opinii biegłego oraz przedłożonymi dokumentami.

Wskazując na powyższe, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu za I instancję. Apelacja zawierała też wniosek o zasądzenie kosztów instancji odwoławczej.

W odpowiedzi na apelację, pozwany S. W. (1) wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwane(...)wniosło o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów za instancję odwoławczą.

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

#### ***Apelacja okazała się zasadna w niedużej części.***

Z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego wynika, iż po przeprowadzonej przez pozwanego stabilizacji gruntu mógł poruszać się sprzęt w postaci ciężkich maszyn budowlanych. Z tym ustaleniem nie sposób się zgodzić, gdyż koliduje ono z materiałem dowodowym sprawy. Po dokonaniu własnej oceny zebranego materiału dowodowego i skorygowaniu wskazanego ustalenia faktycznego, Sąd Apelacyjny wyraża odmienną prawną ocenę sprawy.

W okolicznościach tej konkretnej sprawy powód swoje roszczenie wywodził z regulacji art. 471 k.c. Zgodnie z tym przepisem dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. wymaga spełnienia przesłanek, jakimi są: szkoda, niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego zobowiązania, związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą, która musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Nienależyte wykonanie zobowiązania, występuje, gdy dłużnik spełnia świadczenie wbrew jego treści, przez co nie dochodzi do zaspokojenia interesu wierzyciela ze względu na rozbieżność między zakresem zaspokojenia wynikającym z treści zobowiązania a rzeczywiście uzyskanym (G. Stojek, Komentarz do art. 471 k.c., Lex).

Jak wynika z akt sprawy, w dniu 2 listopada 2016 r. powód zawarł z pozwanym S. W. (1) umowę o roboty budowlane, w której S. W. (1) zobowiązał się do wykonania robót polegających na stabilizacji gruntu spoiwem hydraulicznym



na powierzchni 20 000 m<sup>2</sup> na głębokość 25 cm wraz z wyprofilowaniem i zagęszczeniem powierzchni ( punkt 1 a umowy, k. 14). To na tle realizacji tego postanowienia powstał spór w tej sprawie. Zaznaczyć trzeba, że sama umowa już wprost zawiera wymóg uzyskania konkretnego i mierzalnego parametru. Mianowicie, stabilizacja miała mieć głębokość 25 cm. W okolicznościach tej sprawy jest wręcz oczywiste, że tego parametru pozwany nie osiągnął na całej stabilizowanej powierzchni. Powód ustalił to już w ramach wykonanej na własne zlecenie opinii, która została poprzedzona wykonaniem 15 odkrywek. Wynika z niej, że stabilizacja nie spełnia założonej grubości 25 cm zgodnie z umową (k. 20). Co istotne, okoliczność ta została potwierdzona w toku postępowania sądowego.

Pozwany S. W. (1) w trakcie przesłuchania informacyjnego przyznał, że istniał wymóg uzyskania określonej grubości. Wskazał, że znalazł najtańszy materiał tj. od (...). Dalej przyznał, że ten materiał przyjął, nie sprawdzał go, a późniejsze badania wyszły źle. Potwierdził, że nie dysponował projektem, specyfikacją i prace wykonywał na swoją odpowiedzialność. Dalej pozwany podał, że grunt wymieszał „z tym czymś, co przywiózł nam R., w miejscach gdzie był piasek to się przełamywało, gdzie glina nie”. Stwierdził też, że stabilizacja mogła być lepsza i że sam był zdziwiony (k. 134 v.-135, nagranie od 00:35:16).

Z zeznań świadka M. W. (2), inspektora nadzoru na budowie prowadzonej przez powoda, (k. 345, nagranie od 00: 31: 45) wynika, że gdy znalazł się on na budowie w maju 2017 r. okazało się, że teren nie nadaje się do prac budowlanych i przypomina tylko lekko związany grunt. Świadek, jako inspektor ocenił, że teren nie może być wykorzystany do obsługi budowy. Świadek podkreślił, że w kilku miejscach grunt się zapadał i był miękki.

Przesłuchany w charakterze strony powodowej J. G. (1) (k. 345 v. nagranie od 01: 02:49) podał, że chodziło mu o taki rodzaj stabilizacji, która umożliwiałaby ciężkiemu sprzętowi wjazd na budowę. Stabilizacja, jaką miał wykonać pozwany miała mieć charakter doraźny tj. służyć na czas budowy i umożliwiać obsługę budowy za pomocą ciężkiego sprzętu. J. G. (1) podał, że na budowę miał wjeżdżać ciężki sprzęt z cementem. Do momentu zapłacenia faktury J. G. (1) był przekonany, że pozwany wykonał prace należycie. Dopiero po miesiącu okazało się, że grunt nie jest stabilny.

W świetle powyższego, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie można było z jednego ogólnikowego twierdzenia J. G. (1), iż na budowie „były jakieś gruchy z cementem” poczynić stanowczego ustalenia, że po placu ustabilizowanym przez pozwanego mógł poruszać się ciężki sprzęt. Fakt, że J. G. (1) taki sprzęt zaobserwował - co miało jednak w czasie wykonywania przez pozwanego prac - nie oznacza jeszcze, że stabilizacja została wykonana w taki sposób, że pozwalała na prowadzenie szeroko zakrojonej budowy. Grunt po tych pracach nie był należycie związany i co istotne nie uzyskał wymaganej grubości, na co wprost wskazywała umowa.

Poza tym, gdyby rzeczywiście stabilizacja umożliwiała bezpiecznie poruszanie się ciężkich maszyn budowlanych, bez ryzyka zakopania się w gruncie, czy innych tego typu sytuacji, to inspektor nadzoru nie wskazywałby na ten problem przed przystąpieniem do prac budowlanych, a strona powodowa nie poszukiwałaby jego szybkiego rozwiązania. Podkreślić trzeba, że powód wybrnął z zaistniałej sytuacji w ten sposób, że zlecił wzmocnienie stabilizacji poprzez nawiezenie kruszywa. Taki sposób rozwiązania tej kwestii zaproponował powodowi inż. I.. Taka metoda miała być tańsza od wybierania niestabilnej stabilizacji i na to właśnie zdecydował się powód (k.135).

Sporządzona w tej sprawie opinia biegłego sądowego wyraźnie stwierdza, że pozwany obowiązek, o jakim mowa w § 1 pkt 1 a umowy, wykonał wadliwie. Wadą był brak przewidzianej grubości stabilizacji i brak uzyskania stabilnego podłoża umożliwiającego kontynuowanie robót. Biegły wskazał też przyczyny tego stanu rzeczy: użycie niewłaściwego spoiwa, nieprzeprowadzenie oceny jego potrzebnej ilości, brak profesjonalnego działania w postaci receptury roboczej i odcinka próbnego przez przystąpieniem do pracy (k. 192).

Zatem, w świetle powyższych wywodów, nie można mieć wątpliwości, że pozwany umowę wykonał nienależycie. Nie osiągnął bowiem wymaganego i określonego wprost w umowie parametru grubości warstwy, a wykonana stabilizacja nie spełniała swego zadania – była zbyt grząska, aby mogły po niej poruszać się po niej maszyny budowlane i to z częstotliwością niezbędną do prowadzenia dużej budowy.

Wymaga podkreślenia, że pozwany realizacji swoich działań podjął się, jako podmiot profesjonalny, co wymaga przyjęcia wobec niego szczególnego miernika staranności. Jak wynika bowiem z art. 355 § 2 k.c., należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W takim wypadku profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Od profesjonalisty obok fachowych kwalifikacji wymaga się zwiększonego zaangażowania w podjęte działania przygotowujące i realizujące świadczenie. Chodzi tu o większą zapobiegliwość, rzetelność, dokładność w działaniach dłużnika - profesjonalisty, w stosunku do podmiotów, którzy nie wykonują zobowiązania w ramach swojej działalności gospodarczej. Dodać trzeba, że należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie – poza sytuacjami, w których umówiono się inaczej – jest rozumiana, jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe (tak wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, LEX nr 1147729).

W tym konkretnym wypadku takiej właśnie staranności zabrakło. Pozwany wybrał spoiwo najtańsze, nie dokonał jego sprawdzenia, nie przygotował odpowiedniej receptury, jak też odcinka próbnego. Pozwany po prostu założył, że jego działania, mimo braku tych wszystkich elementów, będą skuteczne i spowodują umówiony cel, którego jednak nie udało się osiągnąć. Pozwany nie wykazał się wymaganym w takim wypadku profesjonalizmem i zapobiegliwością. Swoje zobowiązanie wykonał nienależycie, gdyż wykonana przez niego stabilizacja tylko częściowo spełniała wymagane założenia. Wystąpiła rozbieżność między zakresem zaspokojenia wynikającym z umowy, a rzeczywiście uzyskanym – stabilizacja tylko w niedużej części spełniała umówione parametry i nie pozwalała na poruszanie się po niej maszyn budowlanych.

Jeśli chodzi o szkodę, to do jej powstania doszło, a pomiędzy nią a nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego zachodzi adekwatny związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. To na skutek wadliwie wykonanej stabilizacji, strona zmuszona została do podjęcia działań naprawczych i poniesienia związanego z tym kosztu.

Odnośnie szkody i jej wysokości w pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z zapatrywaniami orzecznictwa szkodą w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. jest nie tylko poniesiony przez pozwanego koszt usunięcia wad, ale również zrealizowanie obiektu budowlanego z wadami. Poszkodowany nie musi samodzielnie z własnych środków pokrywać straty, ma jedynie obowiązek zapobiegania zwiększaniu rozmiarów szkody. W konsekwencji może konstruować roszczenie odszkodowawcze jako odpowiadające kwocie wydatków koniecznych do usunięcia stwierdzonych wad, o ile tylko zmierzają one do ograniczenia lub wyłączenia szkody, są celowe oraz wystarczająco uzasadnione i mieszczą się w granicach wyznaczonych przez konstrukcję normalnego związku przyczynowego (wyrok SN z dnia 6 lutego 2018 r., IV CSK 83/17, Lex nr 2490643). Wydatki muszą być zatem konieczne, celowe, uzasadnione, przy uwzględnieniu obowiązku minimalizacji rozmiarów szkody. Istnieje bowiem obowiązek wierzyciela zapobiegania szkodzie i zmniejszania jej rozmiarów (art. 354 § 2, 362 i 826 § 1 k.c.). Na dłużniku ciąży w związku z tym obowiązek zwrotu wydatków celowych i ekonomicznie uzasadnionych, pozwalających na wyeliminowanie negatywnych dla poszkodowanego następstw, niedających się wyeliminować w inny sposób, z zachowaniem rozsądnej proporcji między korzyścią wierzyciela a obciążeniem dłużnika.

Wobec materiału sprawy, oczywiste jest, że powód zdecydował się na zachowanie wykonanej przez pozwanego stabilizacji i jej poprawienie poprzez nawiezenie kruszywa. Przypomnieć należy, że prace, jakie miał wykonać pozwany i tak miały mieć charakter tylko doraźny – tj. służyć zapewnieniu należytego poruszania się na placu budowy przez pojazdy budowlane. Pozwany miał zapewnić rozwiązania tymczasowe tylko na czas budowy i właśnie w tym tymczasowym charakterze prac wyraża się specyfika tej sprawy. W tej sytuacji słusznie Sąd Okręgowy wskazał, iż strona powodowa nie mogła domagać się takiego odszkodowania, jakie zostało obliczone przez biegłego. Te obliczenia mają charakter hipotetyczny, powód bowiem nie zdecydował się na tak radykalne rozwiązanie jak usunięcie stabilizacji wykonanej przez pozwanego, co byłoby bardzo kosztowne i czasochłonne, i co pozostawałoby też w sprzeczności z obowiązkiem minimalizacji szkody. Powód zdecydował się na nawiezenie kruszywa, co miało wzmocnić stabilizację wykonaną przez pozwanego i umożliwić dalsze prace budowlane.

Wysokość szkody w tym konkretnym wypadku mogło stanowić zatem to, co powód wydatkował celem poprawienia stabilizacji. Słuszność miał Sąd Okręgowy, że strona powodowa przedstawiła w tej mierze tylko plik faktur, nie omawiając ich bliżej i nie precyzując, które z nich dotyczą omawianej kwestii. Podejmując się analizy tych faktur we własnym zakresie, Sąd Apelacyjny stwierdził, że jedna z nich odpowiada okolicznościom tej sprawy. Jest to faktura z k. 309 opiewająca na kwotę 23 100 zł i wystawiona w dniu 31 maja 2017 r. Do faktury tej załączono obmiar dróg tymczasowych z kruszywa (k. 309 v.), opatrzony datą 31 maja 2017 r., na którym zaznaczono wykonane drogi. Wraz z nią został też przedstawiony Protokół Wykonania Robót (k.310), który wskazuje na wykonanie przez (...) podbudowy dróg technicznych (...) działka nr (...)obręb(...)w miejscowości B.. Data tej faktury i daty wykonania prac pozostają w związku z pozostałymi istotnymi okolicznościami sprawy. Pozwany swoją fakturę wystawił bowiem w dniu 18 kwietnia 2017 r. Strona powodowa nieprawidłowości w wykonaniu prac dostrzegła już pewien czas po zapłaceniu pozwanemu, gdy okazało się, że grunt jest zbyt grząski, aby mógł posłużyć do obsługi budowy. Wówczas zleciła prace naprawcze w postaci nawiezienia kruszywa. Faktura z dnia 31 maja 2017 r. wpisuje się w te wszystkie fakty i pozostaje w związku z czasowym. Innych tego typu faktur tj. wskazujących na usługę w postaci nawiezienia kruszywa na plac budowy, strona powodowa nie przedstawiła. Nie przedstawiła też innych dowodów wskazujących na poniesienie tego typu wydatku ponad 23 100 zł. Ponad tę kwotę roszczenie jest zatem niewykazane. Nie ma żadnych dowodów wskazujących na to, że powód w ramach poprawiania stabilizacji i nawiezienia kruszywa poniósł wydatki w kwocie dochodzonej wobec S. W. (1).

Pozwany S. W. (1), wbrew przekonaniu Sądu Okręgowego, nie wykazał, aby nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Opinia biegłego sądowego wyraźnie wskazuje na zaistniałe po stronie pozwanego zaniedbania (brak receptury, odcinka próbnego, brak oceny ilości niezbędnego spoiwa, brak badań sprawdzających oraz użycie niewłaściwego spoiwa). Z opinii w żaden sposób nie da się wysnuć wniosku, aby brak zakładanego efektu był wynikiem działań strony powodowej i zbyt wczesnego wkroczenia na budowę ciężkich pojazdów, wbrew zaleceniom pozwanego. Opinia wskazuje natomiast, że użyte przez pozwanego spoiwo to cement murarski, który można wykorzystywać, jako obrzutka, do tynkowania i prac murarskich. Jak wskazał biegły, cement murarski nie może być stosowany w składzie betonu. W konsekwencji, pozwany nie sprostał ciężarowi dowodu i nie udowodnił, że brak efektu był wynikiem zaistnienia okoliczności, za które nie można mu przypisać odpowiedzialności.

W świetle powyższego, od pozwanego na rzecz powoda podlegała zasądzeniu kwota 23 100 zł. Odsetki ustawowe jak za opóźnienie od tej kwoty należały się, na mocy art. 481 § 1 i 2 k.c. od dnia 5 września 2017 r., czyli od dnia następnego po zakreślonym przez powoda w wezwaniu do zapłaty 7- dniowym terminie na spłatę należności.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko powoda, iż w tej sprawie zachodzi odpowiedzialność pozwanego ubezpieczyciela. Ubezpieczyciel, odmawiając wypłaty odszkodowania, powołał się na § 53 ust. 1 pkt 4 OWU, zgodnie z którym ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje roszczeń o wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz roszczeń o wykonanie zastępcze. Jest to argument chybiony, albowiem zgodnie § 48 ust.3 OWU, ochroną ubezpieczeniową objęta jest odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (74 v.). Powód w tej sprawie nie domagał się wykonania zobowiązania przez pozwanego, nie zgłaszał roszczenia o wykonanie zastępcze, a domagał się odszkodowania, co znajduje oparcie w § 48 ust. 3 OWU. Wskazać trzeba, że w sytuacji niewykonania zobowiązania przez dłużnika wierzycielowi przysługuje roszczenie o wykonanie umowy i spełnienie świadczenia in natura (art. 354 § 1 k.c.); wierzycielowi przysługuje także roszczenie o naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.). Pomiędzy roszczeniem o naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a roszczeniem o wykonanie umowy i spełnienie świadczenia in natura nie zachodzi zbieg roszczeń. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy jest świadczeniem mającym naprawić szkodę spowodowaną niewłaściwym działaniem bądź zaniechaniem dłużnika. Jest to roszczenie o innym charakterze niż roszczenie o wykonanie umowy. Ma na celu wyrównanie uszczerbku wywołanego nieprawidłowym zachowaniem kontrahenta, a nie wymuszenie na nim wykonania zobowiązania zgodnie z treścią umowy. Roszczenie o wykonanie umowy i spełnienie świadczenia oraz roszczenie o naprawienie szkody nie są tożsame. Treść tych roszczeń jest odmienna. Każde z tych roszczeń oparte jest również na odmiennych przesłankach prawnych ich dochodzenia.

Pozwany ubezpieczyciel – podmiot wysoce profesjonalny - tego rozróżnienia zdawał się nie dostrzegać (vide pismo (...) S.A. k. 44).

Poza tym uznanie, że wykupione przez pozwanego ubezpieczenie nie obejmuje szkód wyrządzonych niewłaściwym wykonaniem zobowiązania stałoby w sprzeczności z zakresem ubezpieczenia, które zostało określone jako OC z tytułu prowadzenia odpowiedzialności gospodarczej.

W tej sprawie nie mamy do czynienia z wyłączeniem przewidzianym w klauzuli ubezpieczenia kosztów usunięcia/zastąpienia wynikających z wad betonu lub prefabrykatów betonowych – pkt 6 (k. 41).

Pozwany nie korzystał z betonu, czy jego prefabrykatów, lecz ze spoiwa w postaci cementu, na co wskazuje opinia biegłego. Nie można też przyjmować, aby spoiwo było wadliwe, gdyż materiał dowodowy o tym nie świadczy. Z opinii wynika, że pozwany użył niewłaściwego materiału – cementu murarskiego i spoiwo, jakie uzyskał nie spełniało takich parametrów, aby możliwe było osiągnięcie spodziewanego efektu. To dopiero w § 1 ust. 1 pkt b) umowy pozwany zobowiązał się do wykonania prac polegających na dostarczeniu i wbudowaniu betonu B-10 (C/8/10) – do realizacji tego punktu umowy pozwany S. W. (1) nie przystępował, gdyż powód zrezygnował z tej usługi i prac pozwanego.

W konsekwencji, pozwany ubezpieczyciel odpowiada za zaistniałą szkodę – art. 822 § 1 k.c.

Odpowiedzialność towarzystwa ubezpieczeniowego za szkodę jest odpowiedzialnością in solidum, co należało uwzględnić w wyroku. Uwzględnienia też wymagało, że w polisie przewidziano franszyzę redukcyjną 10%, nie mniej niż 5 000 zł w każdej szkodzie. Po uwzględnieniu tej franszyzy powodowi od ubezpieczyciela na zasadzie odpowiedzialności in solidum przysługuje kwota 18 100 zł (23 100 zł – 5 000 zł). O odsetkach od tej kwoty należało orzec w oparciu o art. 481 § 1 i 2 k.c. W tym przypadku odsetki należały się od dnia 9 marca 2018 r., tj. od dnia doręczenia pozwu.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku jest zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję. Wobec wyniku sprawy, należało orzec o nich na podstawie art. 100 k.p.c. Powód poniósł koszty opłaty sądowej – 4 000 zł, zaliczkę na opinię biegłego - 2000 zł oraz koszt zastępstwa prawnego w kwocie 5417 zł - § 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Pozwany S. W. (1) poniósł koszt zastępstwa prawnego w kwocie 5 417 zł. Taki sam koszt zastępstwa prawnego poniosło pozwane Towarzystwo.

Powód w stosunku do S. W. (1) przegrał sprawę w 88%. Wobec takiego wyniku sprawy należało zasądzić od niego na rzecz tego pozwanego kwotę 3 453 zł tytułem brakującej części kosztów procesu.

Względem pozwanego ubezpieczyciela powód dochodził niższej kwoty – 100 000 zł, a jego przegrana w tym wypadku wynosi 81%. Wobec tego zasądzeniu od powoda na rzecz tego pozwanego podlegała kwota 2370 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu.

Z wszystkich powyższych motywów, orzeczono jak w punkcie I sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c.

O oddaleniu apelacji w pozostałej części orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z art. 100 k.p.c.

Powód w postępowaniu apelacyjnym poniósł koszt opłaty sądowej od apelacji 9 480 zł oraz koszt zastępstwa prawnego 4 050 zł - § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Do kosztów powoda nie można było zaliczyć kosztów podróży pełnomocnika samochodem, na które wskazano w spisie kosztów. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2016 r., III CZP 26/16, kosztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym - jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. - są koszty rzeczywiście poniesione (OSNC 2017/5/54). Takich rzeczywistych kosztów pełnomocnik pozwanego nie wykazał, a przedstawił jedynie własne obliczenia.

Pozwany S. W. (1) w postępowaniu apelacyjnym poniósł koszt zastępstwa prawnego w kwocie 4 050 zł. Taki sam koszt postępowania apelacyjnego poniósł pozwany ubezpieczyciel.

Powód postępowanie apelacyjne w stosunku do pozwanego S. W. (1) przegrał w 88%. Wobec tego zasądzeniu od powoda na rzecz pozwanego podlegała kwota 1957 zł

W stosunku do pozwanego ubezpieczyciela powód przegrał postępowanie odwoławcze w 81% i zasądzeniu od niego podlegała kwota 802,86 zł tytułem zwrotu części kosztów postępowania zażaleniowego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w punkcie III sentencji.

(...)