

Sygn. akt I ACa 176/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 16 czerwca 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

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

przeciwko (...) **w B.**

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie powodowej (...) **Spółki z o.o. w G.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 27 stycznia 2016 r. sygn. akt VII GC 315/14

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.800 (dziesięć tysięcy osiemset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej;**

**III. zasądza od pozwanego na rzecz interwenienta ubocznego po stronie powodowej kwotę 10.800 (dziesięć tysięcy osiemset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej;**

## UZASADNIENIE

Powód: (...) S.A. w B. wystąpił przeciwko pozwanemu (...)w B. z pozwem o zapłatę kwoty 220.986,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 204.226,51 zł od dnia 6 września 2014 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 16.760,00

zł od dnia 11 września 2014 r. do dnia zapłaty, jak również zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy w Białymstoku VII Wydział Gospodarczy w nakazie zapłaty z dnia 20 października 2014 r. wydanym w postępowaniu upominawczym w sprawie o sygn. akt: VII G Nc 404/14 uwzględnił powyższe żądanie w całości.**

Pozwany: (...) w B. w sprzeciwie od w/w nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W następstwie przypozwania, do postępowania w sprawie wstąpił interwenient uboczny po stronie powodowej (...) Sp. z o.o. w G., który wniósł o uwzględnienie powództwa w całości.

Sąd Okręgowy w Białymstoku VII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 27 stycznia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: VII GC 315/141 zasądził od pozwanego (...) w B. na rzecz powoda (...) Spółki Akcyjnej w B. kwotę 220.986,51 zł z ustawowymi odsetkami od kwot: a) 204.226,51 zł od dnia 13 września 2014 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie i b) 16.760,00 zł od dnia 16 września 2014 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie (pkt 1), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt 2), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 18.267,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 3), zasądził od pozwanego na rzecz interwenienta ubocznego kwotę 11.427,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 4) oraz nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 787,26 zł tytułem pokrycia wydatków w sprawie (pkt 5).

Wyrokowi powyższemu towarzyszyły następujące ustalenia faktyczne i prawne:

(...) S.A. w B. w wyniku przeprowadzonej procedury przetargowej został wybrany jako wykonawca inwestycji pod nazwą „(...) w B.” i w dniu 10 maja 2012 r. podpisał umowę z podwykonawcą (...) Sp. z o.o. w G. m.in. w przedmiocie wykonania posadzki przemysłowej z betonu klasy (...) zbrojonego włóknem polipropylenowym H. (...) w ilości 1,5 kg/m kw. o powierzchni ryflowanej, z nacięciem szczelin dylatacyjnych i ich wypełnieniem. W umowie ustalono, że dostawcą betonu będzie zamawiający.

W ramach wcześniej nawiązanej współpracy gospodarczej (...) S.A. zwrócił się do (...) w B. z ofertą zawarcia umowy na dostawę betonu o wskazanych wyżej parametrach, celem wykonania lotniczej płyty przedhangarowej na terenie (...) w B. i drugi z wymienionych zaakceptował taką propozycję. Kontrahenci w drodze rozmów telefonicznych ustalili termin dostawy na 18-19 lipca 2012 r. W uzgodnionym czasie (...) dostarczył beton, potwierdzając jego jakość deklaracją nr (...) z dnia 25 lipca 2012 r. i z tego tytułu wystawił fakturę VAT nr (...) z dnia 25 lipca 2012 r., którą (...) opłacił w całości. Klasa betonu (...) wskazana w dowodach dostawy, deklaracji i fakturze, jest odpowiednikiem dawnej klasy (...) wskazanej w zamówieniu.

Roboty budowlane na obiekcie (...) w B. zostały zakończone w dniu 14 września 2012 r., co potwierdza wpis inspektora nadzoru w dzienniku budowy, ale w piśmie z dnia 8 marca 2013 r. inwestor zgłosił wykonawcy wady płyty przedhangarowej wskazując, że w dniu 7 marca 2013 r. stwierdzono na niej łuszczenie się oraz odpryski betonu spowodowane najprawdopodobniej zastosowaniem w mieszance betonowej kruszyw z dodatkiem margla lub jego pochodnych. Inwestor zaznaczył, że ze względu na przeznaczenie płyty betonowej, służącej jako lądowisko dla śmigłowców, sprawa jakości jej wykonania jest najważniejsza, gdyż decyduje bezpośrednio o bezpieczeństwie użytkowników. Inwestor zażądał zorganizowania w trybie pilnym spotkania z wykonawcą betonu i ustalenia sposobu naprawy płyty.

W tych warunkach (...) pismem z dnia 28 marca 2013 r. zgłosił producentowi reklamację partii betonu klasy (...) dostarczonej w ilości 321 m<sup>3</sup>, ujętej w fakturze VAT nr (...) z dnia 25 lipca 2012 r. i wezwał go do dostarczenia

właściwego betonu, pokrycia kosztów usunięcia wadliwej nawierzchni oraz ułożenia nowej lub samodzielnego wykonania tych prac.

W odpowiedzi na reklamację, (...) pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. poinformowała kontrahenta o braku podstaw do uznania zgłoszonych przez niego roszczeń z uwagi na nieistotność wad przedmiotu dostawy oraz nieprawidłowość wykonania prac towarzyszących układaniu betonu. Ponadto podniósł, że to kierownik budowy dokonał wyboru słabszego kruszywa, na bazie którego wyprodukowany został dostarczony beton.

W dniu 6 czerwca 2013 r. przedstawiciel inwestora ponownie wezwał (...) do usunięcia wady wskazując datę (30 czerwca 2013 r.) spotkania z wykonawcą betonu. Dodatkowo wskazał, że obsługa lotniska jest zmuszona od dłuższego czasu do usuwania na bieżąco z płyty zanieczyszczeń mających postać żwiru o średnicy ziaren od 1 do 5 i więcej mm, który powstaje na skutek łuszczenia się płyty betonowej.

Pomimo trzykrotnych wezwań kierowanych przez (...) S.A. oraz rozszerzenia reklamacji przez inwestora, (...) nie uczynił zadość żądaniu tego pierwszego.

Wobec uchylania się producenta betonu od zobowiązania, w celu uniknięcia zagrożenie życia lub zdrowia pacjentów i personelu (...), (...) zmuszony był niezwłocznie usunąć stwierdzone wady. W związku z planowanym dochodzeniem odszkodowania od (...) wystąpił jednak do Sądu Rejonowego w Białymstoku, stosownie do treści art. 310 k.p.c., o zabezpieczenie dowodu, który umożliwiłby ustalenie, czy beton dostarczony przez producenta charakteryzował się wymaganymi cechami, a jeżeli nie, to czy posiadał wady i jaki był ich charakter. Sąd Rejonowy w Białymstoku VIII Wydział Gospodarczy w sprawie o sygn. akt: VIII GCo 254/13 uwzględnił wniosek powódki i zlecił (...) w K. zabezpieczenie dowodu .

W dniu 9 października 2013 r. pracownicy (...)w obecności przedstawicieli stron dokonali oględzin placu przedhangarowego, wykonali badania przyczepności betonu metodą pull-off oraz pobrali 27 próbek walcowych z betonowego pasa, które przewieziono do (...)w celu dalszych badań. Ostatecznie Instytut stwierdził, że badany beton nie spełnia wymogów zamówienia, tj. klasy (...). W ocenie opiniującego zastosowanie nieodpowiedniego kruszywa przez (...) do wytworzenia mieszanki betonowej spowodowało powstanie miejscowych uszkodzeń pasa przedhangarowego, jak również obniżenie wytrzymałości na ściskanie i podwyższenie nasiąkliwości betonu zastosowanego do jego budowy.

Mając na uwadze powyższe, (...) zwrócił się do D. K., posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno- budowlanej o opracowanie projektu naprawy płyty lądowiska wraz z technologią naprawy nawierzchni. D. K. sporządził projekt naprawy, w którym przedstawił stosowne wytyczne, nakazujące m.in. usunięcie górnej warstwy betonu cementowego i odtworzenie nawierzchni w tej samej technologii przy wykorzystaniu kruszyw granitowych (bez margli) oraz pokrycie nawierzchni warstwą hydrofobową.

(...) wykonał naprawę placu betonowego zgodnie z wytycznymi zawartymi w w/w projekcie i w dniu 13 sierpnia 2014 r. inwestor, czyli (...)w B., odebrał roboty. Powód w niniejszej sprawie wezwał następnie pozwany (...) w pismach: z dnia 4 września 2014 r. oraz 9 września 2014 r. do zapłaty odszkodowania stanowiącego równowartość poniesionej szkody.

W odpowiedzi na powyższe wezwania do zapłaty pozwany w piśmie z dnia 10 września 2014 r. odmówił zapłaty jakiegokolwiek kwoty.

**Sąd Okręgowy uznał roszczenie powoda za uzasadnione w całości i ustalił że strony postępowania łączyła umowa dostawy. Pozwany zaakceptował warunki umowy, które zostały doprecyzowane telefonicznie, a następnie wytworzył i sprzedał powodowi beton, dostarczając go jednocześnie na plac budowy.**

Przedmiotem dostawy - w myśl art. 605 k.c. - są rzeczy oznaczone co do gatunku, wytworzone przez dostawcę, a zatem rzeczy przyszłe, które zostaną wytworzone przez dostawcę w procesie produkcji. Cechą charakterystyczną dostawy jest

także i to, że świadczenie dostawcy nie może być spełnione jednorazowo, jako że jest spełniane częściami lub okresowo, w ustalonych odstępach czasu. Jak się wskazuje w literaturze, takie określenie przedmiotu umowy umożliwi odbiorcy bliższe określenie cech rzeczy, mniej lub bardziej indywidualnych, dostosowanych do jego wymagań lub potrzeb, ustalenie surowców, z których rzecz ma być wytworzona (art. 608 § 1 k.c.), czy zagwarantowanie sobie wpływu na proces produkcji (art. 608 § 2 k.c.). Umowa dostawy w swej konstrukcji prawnej ma zatem cechy umowy sprzedaży z elementami umowy o dzieło lub umowy kontraktacji i została uregulowana jako odrębny typ umowy nazwanej, do której w kwestiach nieuregulowanych do praw i obowiązków dostawcy i odbiorcy stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży, a zatem art. 556 i n. k.c. (art. 612 k.c.). Do odbiorcy należy więc wybór, czy z tytułu wadliwego wykonania przedmiotu dostawy będzie realizował roszczenia odszkodowawcze w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej czy też roszczenia przysługujące mu na podstawie przepisów o rękojmi (por. wyrok S.A. w Katowicach z dnia 9 lipca 2014 r., V A Ca 830/13, LEX nr 1498931).

Strona powodowa swoje żądanie oparła o dyspozycję art. 471 k.c. realizując roszczenie odszkodowawcze w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej, która powstaje, jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki: 1) szkoda wierzyciela w postaci uszczerbku majątkowego; 2) szkoda musi być spowodowana niewykonaniem lub nienależycie wykonanym zobowiązaniem przez dłużnika; 3) związek przyczynowy między faktem nienależycie wykonania lub niewykonania zobowiązania a poniesioną szkodą. Ciężar dowodu istnienia wyżej wymienionych przesłanek, faktu aktualizującego odpowiedzialność z art. 471 k.c., istnienia związku przyczynowego oraz powstania szkody, także w postaci utraconych korzyści, w świetle art. 6 k.c. spoczywa na wierzycielu jako osobie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne.

Pozwana Spółka podjęła próbę przerwania odpowiedzialności za zaistniały stan rzeczy na powoda, który miał zamówić niewłaściwy beton dla wykonania nawierzchni lotniskowej oraz na jej wykonawcę – spółkę (...) - który miał popełnić rażące błędy podczas wylewania mieszanki betonowej, nie zachowując wymagań normy PN- (...):2010 w zakresie układania i zagęszczania masy betonowej, a także jej pielęgnacji i ochrony po ułożeniu. Pozwany podniósł, że tydzień przed planowanym betonowaniem

przedstawiciel powoda zamówił telefonicznie 250 metrów sześciennych betonu towarowego zwykłego klasy (...) na żwirach, nie określając jakie jest przeznaczenie zamawianego betonu. Kierownictwo powodowej Spółki było zatem w ocenie pozwanej świadome, że zamawia beton zwykły (nie drogowy) do wykonania płyty lądowiska. Pozwana twierdziła ponadto, że po około dziewięciu miesiącach od wykonania płyty lądowiska w jej biurze pojawiło się dwóch przedstawicieli (...) S.A. (T. K. i I. P.) z propozycją podpisania fikcyjnego zamówienia z datą wsteczną na dostarczenie betonu drogowego, ale propozycja ta miała zostać kategorycznie odrzucona przez pozwanego, który podkreślił, że nie dostarczał nigdy powódce betonu drogowego klasy (...), a jedynie beton towarowy, który ma zupełnie inne parametry i nadaje się do innych zastosowań. Dlatego też, pozwany ocenił jako bezwartościową opinię (...) w K.

W ocenie Sądu orzekającego, postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało absolutną słuszość twierdzeń strony powodowej zarówno w zakresie niezgodności z normą dostarczonego towaru, jak i składu mieszanki betonowej. Koronnymi dowodami na w/w okoliczności okazały się być opinie:(...) w K. oraz biegłego sądowego powołanego w sprawie. Ta pierwsza, sporządzona została w związku z zabezpieczeniem dowodu na wniosek strony w oparciu o dyspozycję wynikającą z art. 310 k.p.c., zaś jej autor G. O. (1) został przesłuchany na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 r. i w całości podtrzymał swoje wnioski. Istotne znaczenie miała też opinia stanowiąca projekt naprawy wadliwej posadzki betonowej sporządzona przez D. K., który został przesłuchany w charakterze świadka na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 r.

Biegły sądowy J. L. (1) w opinii sporządzonej po przeanalizowaniu akt sprawy potwierdził, że warunki atmosferyczne, długotrwałe przetrzymywanie betonu w pojazdach czy też ewentualne powtórne przemieszczanie rozkładanego betonu nie wpłynęło negatywnie na jakość zrealizowanych robót budowlanych a beton dostarczony przez pozwanego na plac budowy prowadzonej przez powoda nie spełniał nawet podstawowych wymagań określonych w zapytaniu ofertowym. W jego ocenie przyczyną wad płyty wykonanej z masy betonowej dostarczonej przez pozwanego był jej wadliwy skład, ze szczególnym uwzględnieniem niewłaściwego kruszywa. Podkreślenia w ocenie Sądu wymaga, że w/

w opinia biegłego koresponduje z opinią sporządzoną na zlecenie Sądu Rejonowego w Białymstoku w postępowaniu zabezpieczającym o sygn. akt: VIII GCo 254/136 przez (...) w K..

Analiza zeznań świadków wskazuje na występowanie dwóch wersji, pozostających ze sobą w opozycji z tą jednak różnicą, iż stanowisko zaprezentowane przez świadków strony powodowej znalazło potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, czego nie można stwierdzić o wersji przedstawionej przez świadków strony pozwanej.

Świadców strony powodowej byli zgodni co do tego, że pozwany nie zgłaszał zastrzeżeń do specyfikacji mieszanki betonowej - wytyczne w tym zakresie wskazał podwykonawca, tj. (...) Sp. z o.o., zaś na etapie wykonywania wylewki masy betonowej nie było możliwe stwierdzenie jej wad, a tym bardziej niewłaściwej jakości kruszywa. Świadców przyznali, że w czasie wykonywania prac wystąpiły przelotne opady deszczu, które jednak nie miały wpływu na powstałe później wady i nie były na tyle poważne, żeby pojawiła się konieczność wstrzymania prac. T. K. zaprzeczył ponadto twierdzeniom świadków pozwanego, jakoby prosił o wystawienie zamówienia z datą wsteczną .

W świetle powyższego, roszczenie powodowej Spółki okazało się być w zasadne w zakresie kwoty 204.226,51 zł, stanowiącej łączny koszt: zakupu materiałów, pracy sprzętu oraz robocizny, stanowiący nakład na usunięcie wad płyty lotniskowej. W ocenie Sądu, strona powodowa wykazała w sposób niebudzący wątpliwości przesłanki odpowiedzialności kontraktowej pozwanej spółki wynikające z treści art. 471 k.c. „a więc swoją szkodę, nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika oraz związek przyczynowy między tymi elementami. Strona pozwana nie podważała poza tym w toku postępowania, jak też przed nim, wysokości szkody.

Zdaniem Sądu kwota 16.760,00 zł stanowiąca koszt sporządzenia opinii przez(...) w K. podlega zaliczeniu do roszczenia głównego, a nie do kosztów procesu, ponieważ stanowi szkodę strony powodowej chociażby z tego względu, że odpowiednie przepisy znajdujące zastosowanie przy zabezpieczeniu roszczenia przewidują możliwość ujęcia kosztów wpadkowych w późniejszym postępowaniu (art. 745 k.p.c.) - analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku np. zawezwania do próby ugodowej (art. 186 k.p.c.). W przypadku zabezpieczenia dowodu, w art. 310 i nast. k.p.c. nie umieszczono podobnych regulacji. Niemniej jednak Sąd uznał, że jest to koszt niewątpliwie powiązany z zaistniałą w następstwie wykorzystania wadliwej mieszanki betonowej dostarczonej przez stronę pozwaną stronie powodowej szkodą.

Oddalone natomiast zostało częściowo żądanie powódki w zakresie odsetek. Strona powodowa dochodziła bowiem odsetek od dnia następnego po doręczeniu wezwania do zapłaty, natomiast w obu wezwaniach do zapłaty określony został termin na spełnienie świadczenia, zatem należało go uwzględnić.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, czyli art. 98 k.p.c., zaś wynagrodzenie pełnomocnika powoda oraz interwenienta ubocznego ustalono na podstawie § 2 oraz § 6 pkt. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t. p.cztową 15 grudnia 2015 r. Na koszty procesu wygrywającego spór powoda (18.267,00 zł ) składała się kwota 11.050,00 zł uiszczona tytułem opłaty sądowej od pozwu (k.14), opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł (k. 13) oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł. Z kolei na koszty procesu interwenienta ubocznego (11.427,00 zł) składała się kwota 2.210,00 zł pobrana tytułem opłaty sądowej od interwencji ubocznej (k.299), opłata skarbową od pełnomocnictwa, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł, a także 2.000,00 zł zaliczki wydatkowanej na pokrycie kosztu sporządzenia opinii biegłego. Pobranie od pozwanego podlegała ponadto na zasadzie art. 113 ust. 1 u.ok.s.c. kwota 787,26 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, który zaskarżył go w całości i zarzucił mu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez: odmówienie waloru wiarygodności zeznaniom świadka K. M. (1), co doprowadziło Sąd do przekonania, że dostarczony beton był niezgodny z zamówieniem powódki, uznanie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. L. (1) za dowód „najcenniejszy w sprawie" (k. 720) w sytuacji, gdy biegły ten w sporządzonej opinii stwierdził: „z uwagi na szokującą różnicę obu wyników biegły uznał za wskazane (...) by przeprowadzić ponowne badanie

dolnej warstwy rozłożonego betonu; (...) dodatkowe badania dałyby wiedzę i uzupełniające potwierdzenie co do wytrzymałości dostarczonego przez pozwanego betonu." - a więc pomimo wątpliwości biegłego wyrażonych wprost we wnioskach opinii (str. 26 opinii) i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo oraz z pominięciem istotnej części materiału dowodowego, tj. pisma Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z dnia 8 kwietnia 2010 r. a także zeznań świadków: R. G., A. S., T. S. i J. Z., co doprowadziło Sąd do wyprowadzenia wniosków z niego niewynikających i wadliwego przyjęcia, że wykonawca (...) sp. z o.o. nie dopuściła się błędów podczas wylewania mieszanki betonowej skutkujących powstaniem szkody.

Apelujący zarzucił ponadto skarżonemu rozstrzygnięciu naruszenie: art. 278 § 1 k.p.c. poprzez niedopuszczenie przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu technologii wbudowania betonów (wnioskowanej w pkt 3 sprzeciwu od nakazu zapłaty) lub (...), ul. (...), (...)-(...) W. (wnioskowanej pismem procesowym pozwanej z dnia 23 lipca 2015 r.) lub Spółki (...) sp. z o.o. w sytuacji, gdy polemikę z opinią wydaną przez(...) mógł podjąć wyłącznie biegły posiadający wiedzę szczegółową i specjalistyczną (a nie ogólną - z zakresu budownictwa) lub inny Instytut, jednak spoza siedziby stron, z uwagi na walor bezstronności opinii, art. 217 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie przez Sąd wniosków dowodowych pozwanej mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. zamówienia na beton przedłożonego do podpisu K. M. (1) przez T. K. i I. P. w marcu 2013 r. oraz dokumentacji potwierdzającej rodzaj betonu wykorzystanego do realizacji inwestycji, budowy płyty lotniskowej L.P.R. w S. i art. 286 k.p.c. poprzez niedopuszczenie przez Sąd opinii innego biegłego, w tym Spółki (...) sp. z o.o. w sytuacji, gdy biegły J. L. (1) przyznał, że zmuszony był konsultować się z w/w firmą, stąd uznać należy, że nie posiadał wiedzy wystarczająco szczegółowej by opiniować w przedmiotowej sprawie.

Wskazując na wymienione zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Powód oraz działający po jego stronie interwenient uboczny wnieśli o oddalenie apelacji pozwanego i zasądzenie na ich rzecz od apelującego kosztów procesu w instancji odwoławczej.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja pozwanego jest niezasadna.**

Istotna część ustaleń Sądu I instancji podważanych przez apelującego w zarzucie obraży art. 233 § 1 k.p.c. dotyczy odtworzenia umowy łączącej strony, a w szczególności treści zamówienia złożonego przez powoda, które przyjęło postać ustnych ustaleń między T. K. jako jego przedstawicielem i K. M. (1) reprezentującym pozwanego oraz nie zmaterializowało się w formie pisemnej. Wbrew twierdzeniom skarżącego, nie sposób jednak poczynić w tej materii ustaleń odmiennych, od tych które zaprezentowano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Bezspornie podwykonawca powoda (interweniujący po jego stronie w tym procesie) precyzyjnie wskazał parametry i klasę betonu odpowiadającego wymogom realizowanej inwestycji a treść złożonego przez powoda telefonicznego zamówienia odtwarzała wiernie oczekiwania jego podwykonawcy. W świetle ponownych zeznań świadka K. M. (1) złożonych w związku z ich konfrontacją z zeznaniami świadka T. K. (nagranie przebiegu rozprawy z dnia 22 kwietnia 2015 r. , znaczniki czasowe od 00:16:45 do 00:20:35 i od 00:33:27 do 00:41:21) pozwany nie wykonywał jednak betonu z użyciem kruszywa granitowego, łamanego i zaproponował wytworzenie betonu klasy B25 zawierającego żwir, co ostatecznie kierownik budowy, czyli T. K. miał zaakceptować. Ten ostatni chociaż zaprzeczył , aby w jego kompetencjach leżała zmiana technicznych parametrów betonu, to jednak przyznał, że był świadom, że dostarczony beton został wykonany z użyciem żwiru a wcześniej domagał się jedynie aby ten surowiec był czysty (znaczniki czasowe od 00:27:54 do 00:29:43 i od 00:47:03 do 00:48:39).

Niewątpliwie użycie kruszywa w postaci żwiru otoczkowego zawierającego tzw. ziarna słabe uniemożliwiło wytworzenie betonu klasy B (ew. C) 30/37; potwierdzili ten fakt nie tylko biegli ale również przesłuchana jako świadek pracownica pozwanego B. R. (znaczniki czasowe od 01:14:02 do 01:15:22). Odnosząc ten fakt do treści materiału dowodowego należy podkreślić, że pomimo użycia słabszego i niegwarantującego osiągnięcia wymaganych

parametrów kruszywa, dostarczany w dniach 18-19.07.2012 r. na plac budowy przedmiot dostawy był konsekwentnie określany przez dostawcę jako beton o klasie wytrzymałości 30/37 a nie 25 (zob. k. 27-62); również deklaracja klasy wyrobu (k. 63) potwierdzała spełnienie wymagań zamawiającego (pomimo niezgodności z prawdą takiego poświadczenia), co znalazło wreszcie odzwierciedlenie w treści faktury z dnia 25 lipca 2012 r. (k. 64), w której pozwany określił dostarczony towar jako „beton towarowy (...)”.

Użycie do produkcji betonu żwiru zawierającego duże ilości drobnoziarnistego kamienia wapiennego, prócz obniżenia wytrzymałości betonu na oddziaływania mechaniczne ujawniło jego podatność na reakcje z wodą w warunkach agresywnych warunków środowiskowych (zob. wnioski końcowe opinii (...)w K., k. 122 akt sprawy o sygn. VIII GCo 254/13) prowadzącą do zwiększania objętości ziaren kruszywa (ich pęcznienia) i w konsekwencji złuszczenia się fragmentów betonu z nawierzchni lądowiska. Zaistnienie opisanych nieprawidłowości, pomimo świadomości kierownika budowy, że do wytworzenia betonu użyto żwiru, obciąża pozwanego, który stosując nieprzydatny w danej sytuacji surowiec błędnie zapewniał powoda, że dostarczony beton spełnia parametry zastrzeżone dla klasy C30/37 i nie zawiera żadnych wad technologicznych.

Sąd Apelacyjny podziela w całości obszernie motywowany pogląd Sądu Okręgowego o potrzebie zakwalifikowania umowy łączącej strony jako noszącej cechy umowy dostawy. W świetle art. 605 k.c. dostawca zobowiązuje się w takiej sytuacji do wytworzenia rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i zapłacenia ceny. Rzecz w rozumieniu tego przepisu jest wytworem dostawcy, który na podstawie swojej wiedzy fachowej, posiadanych maszyn i urządzeń oraz zakwalifikowanych przez siebie surowców zobowiązuje się wytworzyć ją na zlecenie odbiorcy. Przedmiot dostawy jest więc produktem finalnym, zaś proces dochodzenia do niego i wynikające stąd niebezpieczeństwa są zasadniczo jedynie udziałem dostawcy.

Dostawca ponosi bowiem odpowiedzialność za wady przedmiotu dostawy nawet wówczas, gdy wykonuje go z surowców lub materiałów dostarczonych przez odbiorcę lub korzysta z projektu narzuconego przez tego ostatniego. Zgodnie z art. 607 k.c. istnieje możliwość uwolnienia się dostawcy od odpowiedzialności rękojmiowej lub odszkodowawczej, jeżeli zawiadomi odbiorcę o wadach dostarczonego przez niego surowca. W realiach niniejszej sprawy dokonanie wyboru kruszywa przez świadka T. K. jest wątpliwe, ale nawet przyjęcie, w ślad za apelującym, że świadek ten przyczynił się do wyboru surowca, nie oznacza jeszcze zwolnienia pozwanego z odpowiedzialności, skoro to pozwany jako podmiot profesjonalny dokonywał zakupu kruszywa (nie był to bynajmniej surowiec powoda) i stosując je nie ostrzegł powoda o ryzyku wynikającym z tego faktu; wprost przeciwnie – na etapie dostawy i w okresie późniejszym (również w tym procesie) zapewniał o zgodności towaru zamówionego (beton klasy C30/37) z dostarczonym.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał zarzuty apelacyjne dotyczące treści wiążącej strony umowy i parametrów zamówionego betonu za nietrafione. Podobnie ocenić należy inne zarzuty naruszenia prawa procesowego sformułowane w apelacji, w szczególności te odwołujące się do wadliwej oceny opinii biegłego J. L. (1) i niezasadnego, zdaniem skarżącego, oddalenia jego wniosku dowodowego o pozyskanie kolejnej opinii biegłego lub instytutu, co miałyby naruszać art. 278 k.p.c. i art. 286 k.p.c.

Odnosząc się do tych zarzutów, należy podkreślić, że w niniejszej sprawie nie istnieje już materiał badawczy w postaci 27 prób betonu pobranych przez biegłych w sprawie o sygn. akt: VIII GCo 254/13 i poddanych następnie badaniom niszczącym; również spodnia część płyty betonowej lądowiska, pokryta obecnie warstwą naprawczą, z uwagi na jej wykorzystywanie przez L.P.R. w B. nie może być poddana badaniom na wcześniejszą skalę (ponadto użytkownik lądowiska nie godzi się na to). W tych warunkach zlecenie biegłym kolejnej opinii celem powtórzenia badań i sformułowania samodzielnych wniosków mija się z celem oraz jest niewykonalne. Niewątpliwie gwarancja uzyskania wiarygodnego materiału porównawczego stanowiącego źródło rzetelnej opinii istniała na etapie postępowania w sprawie o zabezpieczenie dowodu. Przyczyną tamtego postępowania były planowane prace naprawcze, które doprowadzić musiały do zniszczenia dowodów i dlatego właśnie w nim pozwany winien był wyartykułować wszystkie swoje wątpliwości wymagające przeprowadzenia prac badawczych; skoro tego wówczas nie uczynił skutecznie, nie może swojego zaniechania naprawić w tym procesie.

Szczególne znaczenie przypisywane przez Sąd Okręgowy opinii biegłego J. L. w tej jej części, która dotyczy wad i parametrów betonu dostarczonego przez autora apelacji nie uwzględnia rangi opinii (...) w K. (obszernie uzupełnionej w zeznanej do protokołu rozprawy opinii G. O.), która jako jedyna kompleksowo odnosi się do wyników własnych badań laboratoryjnych i zawiera obszernie ich omówienie, stanowiąc przez to fundament ustaleń faktycznych w sprawie. Wnioski końcowe opinii biegłego J. L. bazują na tym materiale i ewentualnie uzupełniająco go omawiają. Biegły ten usiłując przeprowadzić samodzielne badania nowych prób betonu (których nie był w stanie pobrać) i zweryfikować wnioski opinii w/w Instytutu wykroczył faktycznie poza pierwotne granice zlecenia Sądu (k. 492-493), nakazującego wydanie opinii na podstawie materiału aktowego, przede wszystkim na okoliczność ewentualnych wad wykonawczych płyty lądowiska zawinionych przez spółkę (...).

Przekonanie pozwanego o szczególnym wpływie warunków atmosferycznych panujących na placu budowy lądowiska śmigłowcowego L.P.R. w B. w dniach 18-19.07.2012 r. i złej organizacji prac towarzyszących wylewaniu betonu prowadzącej do przestojów (co sprzyjać miało jego wcześniejszemu krzepnięciu), któremu towarzyszy zarzut wybiórczej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie znajdują dostatecznego oparcia w dowodach. Biegli opiniujący w niniejszej sprawie dokonali bowiem wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i wykluczyli wcześniejsze zastyganie betonu w pojazdach transportowych przed jego wylaniem. Wniosek tej treści znajduje potwierdzenie w wynikach badań pobranych prób betonu; analizując je biegli nie dostrzegli w nich ubytków, tzw. raków, czy też przejawów warstwowego odspajania płyty betonowej, które świadczyłyby o wylewaniu betonu na powierzchnię już zastygłą lub o wylewaniu betonu podlegającego już wiązaniu (k. 583-584, k. 688v. i k. 312). Żaden z opiniujących nie dostrzegł też związku przyczynowego między ujawnioną wadą płyty betonowej a czynnikami wskazanymi przez pozwanego. Z zaprezentowanych przyczyn nie mógł odnieść oczekiwanego skutku zawarty w pkt 3 apelacji pozwanego zarzut niewłaściwej oceny zeznań świadków, czy też pominięcia informacji o panujących w dniach 18-19.07.2012 r. warunkach pogodowych.

Oceniając znaczenie domniemanego zamówienia przedstawionego do podpisu świadkowi K. M. przez przedstawicieli powoda (pkt 5 apelacji) zauważyć należy, że nie miało ono żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości wykonania umowy przez pozwanego, który w szeregu swoich dokumentów (vide: wcześniejsze rozważania) potwierdzał wykonanie betonu klasy (...), przyznając w ten sposób treść zamówienia powoda.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał, że istnieje adekwatny związek przyczynowy między zawinionym działaniem pozwanego jako dostawcy zamówionego przez powoda betonu i szkodą, która dotknęła tego ostatniego. Wysokość uszczerbku nie była zasadniczo kwestionowana przez stronę pozwaną (art. 230 k.p.c.), ale pomimo tego znajduje też ona uzasadnienie w treści przedstawionych przez powoda dowodów, które zaświadczają wartość robót naprawczych (k. 146-169). Sąd odwoławczy podziela w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego w Białymstoku o zakwalifikowaniu kosztów postępowania o zabezpieczenie dowodu poniesionych przez powoda do należności strictly odszkodowawczych, ponieważ w obecnym stanie prawnym do kosztów procesu w sprawie głównej mogą być zaliczone jedynie wydatki na zabezpieczenie dowodu w niej poniesione; z drugiej strony sąd prowadzący samodzielne postępowanie z art. 310 k.p.c. nie jest uprawniony rozstrzygać o obowiązku poniesienia jego kosztów (por. R. Flejszar w „Dowody w postępowaniu cywilnym”, s. 588 i 843).

Kierując się zaprezentowanymi przesłankami, Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego na zasadzie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto w zgodzie z art. 98, 99, 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015.1804), przy czym o refundacji kosztów procesu należnych interwenientowi ubocznemu Sąd odwoławczy orzekł również na zasadzie art. 107 k.p.c. in fine, uznając, że obrona pozwanego akcentująca wady wykonawcze interwenienta wymagała od tego ostatniego aktywności w procesie w kontekście potencjalnego zagrożenia roszczeniem odszkodowawczym pokrzywdzonego powoda. W ten sposób interwenient uboczny przyczynił się do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy (por. S.N. w postanowieniu z dnia 23 lutego 2012 r., V CZ 141/11, Legalis 480442).

(...)



