

Sygn. akt I ACa 1503/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki (spr.) SSO del. Krzysztof Hejosz
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa A. P.

przeciwko A. F.

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego A. F.

przeciwko A. P.

zapłatę

na skutek apelacji powódki (pозwanej wzajemnej)

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 26 czerwca 2013 r. sygn. akt I C 2137/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od A. P. na rzecz A. F. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1503/13

## UZASADNIENIE

W pozwie skierowanym przeciwko A. F., A. P. wniosła o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kwoty 147.820 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 września 2010 r. wraz z kosztami postępowania.

W podstawie faktycznej dochodzonego roszczenia powódka wskazała, że pozwany wykonał projekt ogrodu przydomowego oraz sam ogród niezgodnie z zawartą przez strony umową, zaś wzywany do usunięcia wad w tym względzie, mających charakter istotny, nie uczynił temu zadość. Brak usunięcia wspomnianych wad dawał, w ocenie powódki, jej prawo złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz żądania zwrotu zapłaconego wynagrodzenia, tudzież przywrócenia terenu do stanu pierwotnego. Protokół wydania ogrodu został sporządzony 3 lipca 2009 r., zaś reklamację powódka przedstawiła 11 września 2009 r. Ostatecznie pozwany stwierdziła, że wszystkie wskazane przez powódkę wady są rezultatem nadmiernej wilgotności podłoża, braku wykonania drenażu oraz zmniejszeniem zalecanych przez niego ilości podłoża (humusu). Tymczasem powódka, jak twierdziła, nigdy nie ograniczała ilości humusu niezbędnego do wykonania trawnika, natomiast nie można jej obarczać odpowiedzialnością za niewykonanie drenażu, ponieważ prace dotyczące urządzenia ogrodu zleciła profesjonalście, który powinien zbadać podłoże, co uczynił dopiero po złożeniu reklamacji. W konsekwencji jej ogród, mimo dbałości o niego, znajduje się w stanie katastrofalnym, ponieważ nie ma trawnika, jest zachwaszczony, alejka ogrodowa zarosła, dokonane nasadzenia bądź obumierają, bądź nie mają przyrostów.

Powódka wniosła także o oddalenie powództwa wzajemnego pozwanego i zasądzenia kosztów postępowania, zauważając w tym względzie, że nie było z jej strony działań, które stanowiłyby przyczynę wadliwości stanu jej ogrodu. Właściwie go pielęgnowała i nawoziła. Obiekty budowlane znajdujące się na działce istniały w chwili realizacji ogrodu, jej ingerencja w rodzaj nasadzeń była dokonywana w zakresie instrukcji pozwanego, zaś informację o konieczności przeprowadzenia drenażu w ogrodzie uzyskała od A. F. po wykonaniu przez niego całego ogrodu i to w momencie zgłaszania reklamacji. Zdaniem powódki z pieniędzy przekazanych przez nią miały być wykonane wszelkie prace związane z urządzeniem ogrodu. To pozwany rozliczał i pobierał od powódki wynagrodzenie za wykonane prace tj. opryski chwastobójcze, prace koparko ładowarka, usługę sprzętem ciężkim.

Pozwany wnosząc o oddalenie powództwa oraz składając powództwo wzajemne zapłacił kwotę 38.712 zł z odsetkami ustawowymi od 12 sierpnia 2010 r. i zasądzenie kosztów procesu, zarzucił, że zlecone mu przez powódkę prace zostały wykonane zgodnie z zaakceptowanym projektem i sztuką ogrodniczą przez kierunkowo przygotowane do tego osoby. Wykonane prace powódka przyjęła jako prawidłowe. Z tego względu powódce nie przysługuje roszczenie o zwrot wypłaconego mu uprzednio wynagrodzenia. Wskazane zaś przez A. P. zmiany stanu nasadzeń i zasiewów, w tym obumieranie krzewów, gnicie korzeni, czy nienależyte wykonanie trawnika są wynikiem zaniedbań powódki, tak po oddaniu wykonanych prac, jak i wskutek dokonania licznych zmian w sposobie i zakresie zagospodarowania ogrodu. Wbrew zaleceniom pozwanego teren pod ogród nie został zdrenowany oraz powódka zrezygnowała z dosypania dodatkowej warstwy humusu. Powódka w trakcie realizacji projektu dokonywała licznych nasadzeń, za które pozwany nie może odpowiadać. O wszelkich modyfikacjach dokonanych przez powódkę i konsekwencjach z tym związanych, A. P. była informowana. Zdaniem pozwanego nieprawidłowości występujące w ogrodzie powódki są rezultatem jej zaniedbań w zakresie pielęgnacji roślin, braku zastosowania się do zaleceń odnośnie zabezpieczenia odpływu wody z terenu nieruchomości. Przyjęte przez powódkę rozwiązania na etapie projektowania domu na nieruchomości i fundamentów po basen, wykonanie szczelnego ogrodzenia z podstawą na 1,5 metra, doprowadziło do powstania swoistej tamy dla spływu wody z terenu o naturalnym nachyleniu. Nadto lata 2009-2010 były wyjątkowo mokrymi, do tego pozwany prace w ogrodzie wykonywał w czasie, gdy powódka kontynuowała budowę domu, podczas której mogło dojść do uszkodzenia istniejącej na działce sieci drenarskiej przy wykopywaniu fundamentów, której drożność nie była sprawdzana.

Pozwany zauważył, że otrzymał od powódki kwotę 107.753 zł, stąd też skoro zgodnie z umową winien otrzymać 146.465 zł, to też do zapłaty na jego rzecz pozostaje kwota 38.712 zł, i w tym też zakresie wniósł powództwo wzajemne.

Na powyższym tle pozwany także wskazał, że prace związane z ukształtowaniem terenu, nasadzeniem dużych drzew, opryskiwaniem chwastobójczym, zakładaniem tymczasowego systemu nawadniania dużych drzew, zakładaniem przewodów elektrycznych - nie były wykonywane przez niego, a wynagrodzeni w tym przedmiocie w wysokości 40.067 zł zostało rozliczone przed przystąpieniem przez niego do zagospodarowania ogrodu. W konsekwencji roszczenie w tym względzie jest nieuzasadnione.

Wyrokiem z 26 czerwca 2013 r. wydanym do sygn. akt I C 2137/10 Sąd Okręgowy w Krakowie: w pkt. I oddalił powództwo główne; w pkt. II zasądził od pozwanej wzajemnej na rzecz powoda wzajemnego kwotę 9.162 zł z odsetkami od 12 sierpnia 2010 r.; w pkt. III w pozostałym zakresie powództwo wzajemne oddalił; w pkt. IV. zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem kosztów zastępstwa radcowskiego w powództwie głównym; w pkt. V zasądził od pozwanej wzajemnej na rzecz powoda wzajemnego kwotę 459 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w powództwie wzajemnym, a w pozostałym zakresie koszty procesu pomiędzy stronami wzajemnie zniósł; w pkt. VI zasądził od A. P. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1.132,95 zł tytułem brakującej zaliczki na koszty opinii biegłego sądowego.

W ustaleniach stanu faktycznego sprawy Sąd I instancji w szczególności wskazał, że strony zawarły dwie umowy: pierwszą 4 kwietnia 2008 r. w zakresie wykonania zagospodarowania ogrodu przydomowego o pow. 68 ary z wynagrodzeniem dla pozwanego kwoty 5.000 zł, drugą 24 listopada 2008 r. wstępną na wykonanie zagospodarowania ogrodu przydomowego o pow. 55 ary zgodnie z załącznikiem nr 1 dotyczącym wykonania nasadzeń roślinnych, systemu automatycznego nawadniania, założenia agrowłókniny, wyścielenia kory, wykonania trawników z uwzględnieniem siatki przeciw kretom w części reprezentacyjnej, wykonania osadzeń obrzeżem z ekobordu. W wspomnianym projekcie, w pkt. 1.9 został przewidziany drenaż w zakresie koniecznego odprowadzania ewentualnego nadmiaru wody z kuchni ogrodowej, piwniczki pod wino oraz ze ścieżek terenowych (ok. 114 mb).

W trakcie realizacji prac nastąpiły kilkukrotne ustnie ustalone pomiędzy stronami zmiany co do pierwotnie projektowanych roślin i ich ilości. Również, ze względu na zbyt wysokie koszty, teren ogrodu został zagospodarowany inaczej niż zakładała to pierwotna umowa. Otóż zrezygnowano z wykonania ścieżek terenowych, ścieżek z płyt piaskowca w trawniku, murka kamiennego, tzw. suchego muru oporowego, skarpy ze ścianą wspinaczkową, obłożenia kanionu kamiennymi głazami, wykonania piwniczki na wino, kuchni ogrodowej, drenażu odprowadzającego nadmiar wody z piwniczki i ścieżek terenowych, wykonania obrzeża trawnika z ekobordu (położono jedynie 120 mb) opaski pomiędzy trawnikiem i suchym murkiem, końca z wysypania połowy wcześniej przewidzianego humusu.

Nadto zmianom uległo rozmieszczenie poszczególnych rabat, i gatunków roślin mających być tam nasadzonych.

Wszelkie zmiany dokonywane były bez nowego projektu, zaś głównymi ku temu przesłankami, którymi kierowała się powódka była łatwość pielęgnacji ogrodu, uzyskanie ładnego trawnika w części reprezentacyjnej, osłonięcie terenu nasadzeniami od strony zachodniej, z której wieją silne wiatry, obsadzenie terenu widocznego z okien oranżerii roślinami zapewniającymi ładny widok.

W 2008 r. zostało wykonane przy pomocy ciężkiego sprzętu przez poleconą przez pozwanego firmę z A. ukształtowanie terenu po organizację ogrodu. Wówczas teren nie był ubity, ani zajędzony, ziemia była sypka, sucha, bez zastoju wody. Najwyższy wykonany nasyp osiągnął wysokość 1,5.

W maju-czerwcu 2008 r. firma (...) dokonała, wzdłuż muru od strony południowo-zachodniej nasadzeń wysokich drzew, z których kilka ze względu na złą kondycję obumarło. Wymienione w tej części drzewa również zaczęły obumierać.

Rozliczeń z wyżej wspomnianymi firmami za ich prace dokonała żona pozwanego.

Na wiosnę 2009 r. nasadzeń w ogrodzie począł dokonywać pozwany, przy czym powódka często ingerowała, co do miejsca posadwienia poszczególnych roślin, niejednokrotnie wybierała je spośród oferowanych jej przez pozwanego. W ogrodzie, na pow. 342 m<sup>2</sup> położono siatkę przeciw kretom, zaś powierzchnia gruntu nad nią została obsiana trawą. Nadto w ogrodzie na pow. 34 ary powstał trawnik.

W kolejności na przełomie maja i czerwca 2009 r. (po nasadzeniu roślin, a przed urządzeniem trawnika) zastał przez firmę (...), zamontowany automatyczny system nawadniania terenu, co do użytkowania którego został przeszkolony ojciec powódki. Również i za te prace płaciła żona pozwanego.

Dodatkowo na żądanie powódki, w czerwcu 2009 r. pozwany wykonał oczko wodne (nieprzewidziane w projekcie).

Wszystkie prace wykonane przez pozwanego zostały odebrane protokołem z 3 lipca 2009 r. Wtedy też powódka otrzymała kartę gwarancyjną, w której wskazano na konieczność drenażu, pielęgnacji ogrodu i nawożenia. Zadowolona z wykonanej usługi powódka określiła prace jako dobre, nie zgłaszając żadnych zastrzeżeń jakościowych ani ilościowych. Stwierdzone zostały jedynie koniczność: wymiany dwóch sztuk głogu szczepionego na pniu, jednej sztuki klonu japońskiego, montażu oświetlenia oczka i fontanny. Wszelkie prace pielęgnacyjne ogrodu powódka miała wykonywać we własnym zakresie.

W latach 2009-2010 powódka dokonała w ogrodzie nasadzeń szpaleru żywotników i kilkunastu małych świerków, które nie obumierają.

Pierwszej reklamacji z przyczyny złego i mało satysfakcjonującego wyglądu trawnika w ogrodzie, uschnięcia kilkudziesięciu sztuk roślin, powódka zgłosiła pozwanemu 11 września 2009 r. Wówczas pozwany wykopał kilka z uschniętych drzewek, a przed zasadzeniem w ich miejsce innych wykonał drenaż podłoża poprzez wysypanie żwiru w dołkach, w których dokonał nowych nasadzeń, informując jednocześnie powódkę o potrzebie dokonania takich zabiegów w stosunku do pozostałych drzewek. Wówczas trawnik w ogrodzie był nieskoszony, zachwaszczony z odbarwiona niezasiloną trawą ze śladami składowania na nim materiałów budowlanych.

Problem usychania drzew i krzewów posadzonych glebie wolnej od zanieczyszczeń mechanicznych, co do których nie stwierdzono porażenia chorobami i szkodnikami, zaczął pojawiać się tuż po oddaniu ogrodu i trwa do dzisiaj.

Także projekt i zalecany sposób jego realizacji były prawidłowe, jako zgodne z zasadami sztuki ogrodowej.

Błędy dotyczyły braku przeprowadzenia drenażu, wadliwego nasadzenia roślin. Otóż: pod duże świerki i jodły nie zapewniono dołów z warstwą urodzajnej mieszanki ziemi ogrodowej z torfem; niektóre zbyt wysokie tuje oraz szpaler klonów jednolistnych posadzono zbyt głęboko, ze zbyt mocno przycięto system korzeniowy; rododendrony i bluszcze posadzono niezgodnie z wymogami stanowiskowymi (spowodowało to deformacje, brzydki wygląd i usychanie roślin); nie wyprofilowano pierścienia wokół pnia wysypanego korą, przez co mogło dojść do uszkodzenia pnia w czasie koszenia.

Podstawą złego stanu roślin i trawnika w ogrodzie był brak właściwego drenażu gleby. Co prawda teren ogrodu został wcześniej zmeliorowany, z odprowadzeniem nadmiaru wody do rowu melioracyjnego, jednakże system ten przestał funkcjonować i zaistniała konieczność wykonania nowego drenażu z uwagi na zaleganie w terenie wody i zbyt powolne przesiąkanie do gleby wody opadowej. Przyczyną zniszczenia systemu melioracyjnego (przerwanie ciągłości, zamulenia) mogły być prace budowlane na nieruchomości i związane z tym kształtowanie terenu.

Pozwany zaś wykonał zmianę konfiguracji terenu nieruchomości od strony południowo-zachodniej.

Sam zaś teren, na którym zakładano ogród jest dość trudny. Klasa bonitacyjna gleby jest kwalifikowana w kategorii III b, w większości IV a, z wysokim poziomem wód gruntowych, mało czynna biologicznie, ciężka w uprawie, zimna (wolno się nagrzewa). Tylko nawiezienie właściwej warstwy ziemi pod nasadzenia, warstwy nośnej pod zakładanymi trawnikami, zdrenowanie działki mogły poprawić problemy z hodowlą roślin. Na terenie ogrodu problem nadmiaru wody pojawia się po dużych lub długotrwałych opadach deszczu, gdyż gleba na działce zawiera dużą ilość części spławianych, ma strukturę drobnoziarnistą. Z kolei brak opadów tworzy na powierzchni gleby skorupę. Istniała możliwość uzyskania informacji o glebie na której był zakładany ogród w oparciu o analizę wypisu z rejestru gruntów, wykonania odkrywki na głębokość 1,5 m, z przeprowadzeniem kontroli przesiąkania wody do głębszych warstw, z badaniem organoleptycznym.

Ojciec powódki informował żonę pozwanego o braku konieczności przeprowadzenia drenażu działki z uwagi na naturalne nachylenie terenu, wskutek czego nadmiar wody miał się gromadzić we wschodniej części działki. Pozwany zaś dokonał organoleptycznego badania gruntu stwierdzając brak potrzeby prowadzenia specjalistycznych w tym

przedmiocie badań. Także projektant mający wiedzę od żony pozwanego, że ogród jest zdrenowany ogrodu nie badał w nim gleby przed sporządzeniem projektu. Jednakże nadzorująca wykonywanie prac i dokonująca uzgodnień co do realizacji inwestycji żona pozwanego, po uzyskaniu informacji o planowanym wykonaniu przed domem podjazdu betonowego, na jesień 2008 r. poinformowała ojca powódki o konieczności wykonania dodatkowego drenażu. Taki też podjazd został wykonany, choć pierwotnie ojciec powódki informował pozwanego, że będzie on z kostki brukowej. Pozwany został także poinformowany o założeniu opaski drenażowej wokół domu, oraz o fakcie zmeliorowania terenu.

Ojciec powódki został po raz drugi poinformowany przez żonę pozwanego o konieczności wykonania drenażu w trakcie wykonywania prac ogrodnich i wykonywania systemu nawadniania. Wówczas była mowa o możliwości umieszczenia systemu drenarskiego w rowach wykopanych pod system nawadniający, z propozycją wykonania dodatkowego odprowadzenia wody z terenu działki poprzez wykonanie otworów w fundamencie posadowionym na głębokości 1,5 metra. Propozycja ta jednak nie zyskała akceptacji.

O ile samo podniesienie terenu czy też zmiana jego rzeźby nie wpływa na sprawność funkcjonowania systemu drenarskiego o tyle jego przerwanie prowadzi do niesprawności. W konsekwencji nadmiar wody gromadzi się pomiędzy ogrodzeniem posesji, a betonowym podjazdem pod dom.

Nie ma wpływu na aktualny stan ogrodu zmienione, na skutek prac dotyczących jego urządzenia, ukształtowanie terenu. Przeciwna sytuacji kształtuje się w odniesieniu do rodzaju gleby znajdującej się na terenie posesji, gdyż jest ona słabo przepuszczalna, zaś długie zaleganie na jej terenie wód opadowych zmienia poziom wód gruntowych, co źle wpływa na stan roślin w ogrodzie. Tam zaś, gdzie woda szybciej odpływa, lub poziom wody jest niższy, nasadzenia rozwijają się prawidłowo. Najwięcej uschniętych drzew z przyczyny zalania systemu korzeniowego znajduje się w południowej części ogrodu, gdzie jest on otoczony wysokim murem na głębokim fundamencie wybudowanym, podobnie jak budynki, przed założeniem ogrodu.

W roku 2008 w domu powódki został urządzony basen, z którego woda nie jest odprowadzana, będąc oczyszczana systemem filtrów.

Nadto powódka na własną rękę wykonała murek oporowy wokół oczka, bez fundamentów.

Zaprojektowany pierwotnie murek u podnóża skarpy, z którego później zrezygnowano zapobiegałby spływaniu wód opadowych na teren trawnika z siatką, Jakkolwiek wykonanie drenażu na terenie części ogrodu jest zalecane, to jednak najbardziej pożądane byłoby umiejscowienie go w pobliżu drzew, przy czym drenaż żwirowy pod zasadzone drzewa mógłby zapobiec ich usychaniu z przyczyny złych warunków powierzchniowo-wodnych.

Jeżeli wykonawca omawiał kwestię wykonania drenażu w jakimkolwiek zakresie i sposobie, mogącym skutecznie zapobiec zastojom wody dokonując tego na odpowiednio wczesnym etapie zakładania ogrodu, a inwestor odmówiłby temu z uwagi na koszty i zlecił wykonanie dalszych prac mając świadomość wynikających z tego konsekwencji, to nie można w odniesieniu do tego mówić o wadach istotnych.

Nasadzenia znajdujące się na terenie przedmiotowego ogrodu mające dobrą kondycję, są warte 16.869 zł. Z kolei wartość tych, które należy wymienić wynosi 7.540 zł. Koszty robocizny i materiałów, w tym nasadzeń, zasiewów oraz oczka wodnego, nie wymagających poprawy wynosi 125.715 zł, natomiast wymagających poprawy prace i materiały opiewają na kwotę 20.305 zł (łącznie 136.020 zł).

Wartość materiału roślinnego dostarczonego i posadzonego przez firmę (...) tj. 25 sztuk świerków i 3 sztuki jądły, wynosi 17.400 zł, natomiast wartość drzew uschniętych to kwota 4.400 zł.

W końcu koszt usługi ciężkim sprzętem wykonanej przez podwykonawcę wynosi 18.267 zł - łącznie 35,667 zł.

Końcowy koszt ogrodu, po odjęciu kwoty źle wykonanego działka wynosi 156.982 zł ( 125.715 zł dla wykonawcy, 31.267 zł dla podwykonawcy).

W cenie zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd I instancji w szczególności stwierdził, że podstawowe znaczenie w sprawie ma prawidłowa, kompletna, miarodajna, wielokrotnie uzupełniana z inicjatywy stron opinia biegłej w zakresie rolnictwa i ogrodnictwa A. P., co do której tak powódka jak i pozwany ostatecznie nie składali zarzutów, które wymagałyby dalszego wyjaśnienia, ani dodatkowych dowodów.

Jako wiarygodne Sąd Okręgowy ocenił, racjonalne, logiczne i spójne zeznania świadków: M. H., S. W., J. S., M. K., K. F., S. Z., M. F., Ł. W. oraz pozwanego, co do jego subiektywnej oceny w przedmiocie rodzaju podłoża przeznaczonego pod ogród i jego przeświadczenia, co do konieczności (lub jej braku) wykonania określonych prac, co nie zmienia faktu możliwości uznania za miarodajną w tym zakresie opinii biegłej sądowej.

Z kolei za pozbawione waloru wiarygodności Sąd Okręgowy uznał zeznania świadków S. S. i M. S., z których wynikało o braku mowy o wykonaniu drenażu ogrodu przed wykonaniem prac i pojawienia się tego problemu dopiero w sierpniu 2009 r., pozostaje w sprzeczności z zeznaniami wspomnianych świadków S. W., J. S., M. F. i pozwanego.

Podobnie jako niewiarygodne ocenił Sąd Okręgowy zeznania powódki w części, które pozostawały w sprzeczności z pozostałym uznanym za wiarygodne dowodami, w tym stwierdzenie, że żona pozwanego zapewniała ją o możliwości wykonania zgodnie z pierwotnym zleceniem ogrodu za obniżoną kwotę 150.000 zł z 400.000 zł.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji na wstępie wysnuł tezę, że powództwo główne, co do żądania zapłaty kwoty 147.820 zł nie zasługiwało na uwzględnienie. Otóż przedmiot sporu skoncentrował się co do jakości wykonanych prac i należnego za to wynagrodzenia. Na tym tle zostało zauważone, że wbrew odmiennym w tym względzie twierdzeniom powódki w sprawie nie miała zastosowania ustawa z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1176 ze zm. dalej ustawa konsumencka), przez odesłanie zawarte w art. 627<sup>1</sup> k.c., ponieważ przedmiotem umowy stron była usługa wykonania określonego działu, a nie rzecz ruchoma. W tej sytuacji wskazywana podstawa prawna, tj. art. 8 ust. 4 ustawy konsumenckiej, nie mógł dawać uprawnienia powódce do odstąpienia od umowy, z uwagi na istotność wady.

Zdaniem Sądu Okręgowego strony łączyła umowa o dzieło, zaś jej przedmiotem było założenie ogrodu przydomowego. Dotyczyło to kilku czynności prawnych, gdyż powódka na różnych etapach prac modyfikowała ich zakres, kierując się zarówno względami estetycznymi jak i finansowymi. W efekcie rzeczy pierwotny projekt nigdy nie był przedmiotowym elementem łączącej strony umowy, a jedynie punktem wyjścia do ostatecznych ustaleń. Jeśli zatem nie da się ustalić jednoznacznie podstawy, która mogłaby wyjaśnić kwestię wynagrodzenia, to w ocenie Sądu, zgodnie z art. 628 k.c., wynagrodzenie winno odpowiadać nakładowi pracy. Zatem podstawą tego okazała się opinia biegłej opracowującej opinię, która wyliczyła, że wartość prac wykonanych przez pozwanego, które nie wymagały poprawy wyniosła 156.980 zł. Skoro była ona wyższa o zgłoszonej przez powódkę pretensji, to już z tego względu powództwo okazało się nieuzasadnione.

W przedmiocie braku podstaw do odstąpienia przez powódkę od umowy z uwagi na wadliwość jej wykonania, Sąd Okręgowy zauważył, że na podstawie art. 637 § 2 k.c. możliwość taka istnieje, jeżeli przyjmujący zamówienie nie zdoła istotnych wad dzieła usunąć w odpowiednim czasie, lub też jeżeli wady te nie są istotne zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Z kolei wady są istotne, jeżeli wskutek ich wystąpienia dzieło nie jest zdatne do określonego w umowie użytku, ze względu na nie posiadanie cech umożliwiających ich eksploatację albo niewłaściwą formę zewnętrzną.

Tymczasem z opracowanej w sprawie opinii biegłej wynika, że jakkolwiek wykonane przez pozwanego dzieło miało wady, to jednak nie miało ono charakteru istotnego. Otóż powódka dokonując zamówienia dzieła kierowała się chęcią łatwości pielęgnacji ogrodu, posiadania ładnego trawnika, w części reprezentacyjnej, chęcią osłonięcia terenu posesji nasadzeniami od strony zachodniej, gdzie wieją silne wiatry, a także obsadzenia terenu widocznego z okien oranżerii roślinami zapewniającymi ładny widok. Przedmiotem umowy nigdy nie było wykonanie dodatkowego drenażu, gdyż uznano to wobec jego istnienia, za działania zbędne.

Za wnioskami opinii biegłej Sąd Okręgowy przyjął, że nie dolożono należytych starań, aby sprawdzić przed przystąpieniem do prac rodzaju gleby na terenie planowanego ogrodu, co skutkuje do chwili obecnej zamieraniem drzew i krzewów, tudzież niską jakością trawnika. Wszelako skoro wykonawca na odpowiednio wczesnym etapie prac omawiał kwestię realizacji drenażu, a inwestor odmówił wykonania tego przedsięwzięcia ze względu na koszty i z pełną świadomością konsekwencji zalecił dalsze prace, to nie można w tym przedmiocie mówić o wadach istotnych. Powódka zresztą zrezygnowała z wielu rozwiązań, które miały pełnić funkcję miejscowego drenażu. Pozwany zaś, o czym dokładna mowa w ustaleniach faktycznych sprawy, za pośrednictwem swej żony mającej kontakt z ojcem powódki, informował zamawiającą o konieczności i sposobie wykonaniu drenażu, jednakże ta z tego zrezygnowała i na wyraźne jej zlecenie powód zrealizował umówione dzieło. Największe szkody powstały w ogrodzie w nasadzeniach w tej jego części, która została zamknięta murem o głębokim fundamencie bez wykonania w nim proponowanych przez pozwanego otworów dla odprowadzenia wody. Ojciec powódki przeciwstawił się wykonaniu wspomnianych otworów z obawy o uszkodzenie muru w okresie zimowym. Pozwany także nieskutecznie proponował wykonanie miejscowego drenażu wokół drzew i krzewów.

W karcie gwarancyjnej wręczonej przez pozwanego powódce, został umieszczony zapis o konieczności wykonania drenażu z uwagi na obawę niekorzystnego wpływu jego braku na stan ogrodu powstałego wskutek nadmiernych opadów, co istotnie miało miejsce w latach 2009-2010.

Natomiast do aktualnego stanu ogrodu przyczynić się mogła sama powódka, gdyż wskutek nieprawidłowego nawadniania terenu ogród był wielokrotnie zalewany. Na ternie nieruchomości występowały liczne awarie prądu, co mogło doprowadzić do rozregulowania systemu nawadniającego. Do tego powódka zrezygnowała z fachowej pielęgnacji ogrodu.

W konkluzji Sąd Okręgowy zauważył, że powstałe wady w wykonaniu ogrodu nie są istotne, tym bardziej, że większość pracy wykonana przez pozwanego została zrealizowana prawidłowo, zgodnie ze sztuką ogrodnictwa. Rośliny w większości są w dobrym stanie. Dzieło wykonane przez pozwanego jest zdadne do użytku, nie sprzeciwia się umowie stron, gdyż jej przedmiotem nie było wykonanie dodatkowego drenażu. Biegła opracowująca opinię w sprawie wzięła pod uwagę wady i zaniedbania wykonawcy i w konsekwencji pomniejszyła wartość pracy przez niego wykonanych.

Biorąc powyższe pod uwagę i fakt zgłoszenia powództwa wzajemnego zapłaty kwoty 38.712 zł, Sąd Okręgowy ustalił, że po stronie pozwanego istnieje niedopłata w wysokości 9.162 zł (156.980-147.820 zł) i co do tej tylko kwoty uwzględnił powództwo wzajemne, zasądając od niej odsetki ustawowe na podstawie art. 455 w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c., przy uwzględnieniu wezwania powódki o zapłatę w tym względzie pismem z 29 lipca 2010 r.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł, w odniesieniu do powództwa głównego na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z w § 2 ust. 102, § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy pranej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm., dalej rozp. Min. Spraw.), zaś w stosunku do powództwa wzajemnego na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c.

W końcu o kosztach sądowych Sąd Okręgowy orzekł przy zastosowaniu art. 113 ust. 1 i ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 167, poz. 1398 ze zm., dalej u.k.s.c.).

W apelacji od powyższego orzeczenia w zakresie jego pkt. I, II, IV, V i VI powódka i pozwana wzajemna A. P. (dalej zwana powódką) zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

I. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dowolnej ocenie materiału dowodowego i przyjęciu wbrew zgromadzonemu materiałowi dowodowemu i doświadczeniu życiowemu, że:

1) powódka uzyskała wiedzę od pozwanego i powoda wzajemnego A. F. (dalej pozwanego) o konieczności wykonania drenażu przed przystąpieniem do wykonywania umowy i niezaakceptowana proponowanego drenażu, na skutek czego Sąd I instancji uznał, iż wykonanie zagospodarowania terenu nie jest dotknięte wadą istotną;

2) wiarygodne są zeznania pozwanego, co do zakresu jego subiektywnej oceny odnośnie podłoża przeznaczonego pod ogród i przeświadczenia co do skuteczności (bądź braku) wykonania określonych w związku z tym prac, przy jednoczesnym uznaniu za wiarygodną opinię biegłej wskazującej, że informacja o drenażu powinna znaleźć odzwierciedlenie w przedłożonym powódce projekcie i powinny zostać dokonane stosowne badania na skutek czego Sąd I instancji uznał, iż wykonanie zagospodarowania ogrodu nie jest dotknięte wadą istotną;

3) sama powódka przyczyniła się do aktualnego stanu ogrodu, a nie miały wpływu stosunki wodne w glebie, prace ciężkim sprzętem wykonywane przez pozwanego, na skutek czego Sąd I instancji uznał, iż wykonanie zagospodarowania ogrodu nie jest dotknięte wadą istotną;

II. sprzeczność poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na bezpodstawnym przyjęciu, że powódkę łączyły osobne umowy z innymi podmiotami niż pozwany w zakresie ukształtowania terenu, nasadzenia dużych drzew oraz założenia systemu nawadniania, na skutek czego Sąd I instancji uznał, iż wykonanie tych prac nie było objęte wynagrodzeniem pozwanego;

III. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 210 § 3 w z. z art. 235 i art. 236 k.p.c., polegające na uwzględnieniu w ramach dokonywania przez Sąd oceny materiału dowodowego, które w sposób formalny nie zostały przeprowadzone (dopuszczone), co uniemożliwiło odniesienie się powódki do takich dowodów (dokumentów) postępowania dowodowego i roztrząsanie ich wyników podczas jednej rozprawy przed Sądem I instancji,

IV. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 235 i k.p.c., polegające na zupełnym pominięciu zasady bezpośredniości przy przeprowadzaniu wszystkich dowodów osobowych, na skutek czego Sąd I instancji nie mógł w żaden sposób poczynić odpowiednich spostrzeżeń, istotnych dla oceny wiarygodności i mocy tych dowodów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania za niewiarygodne zeznania świadków S. S., M. S. oraz powódki;

V. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 k.p.c. przez niewyjaśnienie motywów rozstrzygnięcia i przyjęcie jednego z wariantów wyceny prac dokonanej przez biegłą, bez wyjaśnienia dlaczego wariant korzystniejszy dla powódki został pominięty a także nieuwzględnienia wyliczenia dotyczącego kosztów założenia trawnika wskazywanego w opinii uzupełniającej biegłej z 12 lipca 2012 r., na skutek czego doszło do nieprawidłowego obliczenia wynagrodzenia dla pozwanego;

VI. sprzeczność poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na błędnym wyliczeniu wynagrodzenia należnego pozwanemu, bez uwzględnienia istniejących wad wymagających usunięcia, a co za tym idzie bez wynagrodzenia pozwanego w kwocie obejmującej koszty jakie będzie musiała ponieść powódka w celu ich usunięcia, na skutek czego doszło do nieprawidłowego obliczenia wynagrodzenia pozwanego;

VII. naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 8 wyżej wspomnianej ustawy konsumenckiej, w zw. z art. 62<sup>7</sup> k.c. polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że w niniejszej sprawie nie istniała potrzeba zastosowania tych przepisów, na skutek czego powódka pozbawiona została ochrony przewidzianej dla konsumentów i możliwości odstąpienia od umowy z uwagi na istotną niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową.

W oparciu o powyższe apelująca wniosła o:

I. Zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa głównego w całości oraz oddalenie powództwa wzajemnego w całości;



II. Zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów procesu za I i II instancje,  
ewentualnie

III. Uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji powódki o zasądzenie od powódki na jego rzecz kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki okazała się bezzasadna, ponieważ żaden z podniesionych w niej zarzutów nie mógł doprowadzić do uwzględnienia jej wniosków.

W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że weryfikację zasadności apelacji należy rozpocząć od analizy zarzutów dotyczących naruszenia prawa procesowego, mogących rzutować na wykazanie, bądź, nie, postawy faktycznej dochodzonego roszczenia. Powyższe z tej przyczyny, że tylko w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym sprawy występuje możliwość dokonania oceny prawidłowości twierdzeń w przedmiocie naruszenia przepisów prawa materialnego.

I tak odnosząc się do zarzutu z pkt. III petitum apelacji w przedmiocie naruszenia art. 210 § 3 w zw. z art. 235 i art. 236 k.p.c., polegające na uwzględnieniu w ramach dokonywania przez Sąd oceny materiału dowodowego, które w sposób formalny nie zostały przeprowadzone (dopuszczone), co uniemożliwiło odniesienie się powódki do takich dowodów (dokumentów) postępowania dowodowego i roztrząsanie ich wyników podczas jednej rozprawy przed Sądem I instancji - zwrócić należy uwagę, że wbrew tym twierdzeniom Sąd Okręgowy dopuścił dowody, stanowiące podstawę ustalenia stanu faktycznego sprawy, czyniąc to postanowieniami z: 24 lutego 2011 r., 27 lipca 2011 r. i 5 listopada 2012 r. (k. 127, 299, 533), przy czym w odniesieniu do drugiego ze wskazanych postanowień dotyczącego dowodu z opinii biegłego, dowody z dokumentów zalegające w aktach sprawy były jedną z podstaw do jej opracowania, stanowiąc merytoryczną treść operatu ocenianą przez eksperta mającego specjalistyczną do tego wiedzę (np. projekt ogrodu, wypisy z rejestru gruntów, dane dotyczące klasy bonitacyjnej gleby na przedmiotowych działkach). Nadto na ostatniej rozprawie przed Sądem I instancji pełnomocnicy stron zgodnie oświadczyli, że nie zgłaszają dalszych wniosków dowodowych, ponieważ wszystkie zawnioskowane zostały już w sprawie przeprowadzone (k.573/2). Znamionuje to fakt pełnej wiedzy powódki na temat dowodów zaoferowanych w sprawie, stąd też możliwości wypowiedzenia się co do ich treści, ze stosowną nich krytyką. Gdyby nawet Sąd Okręgowy oparł ustalenia stanu faktycznego sprawy na dowodach formalnie niedopuszczonych, to uchybienie to mogłoby mieć znaczenie, gdyby wpływało na treść zaskarżonego orzeczenia, co wszak winno być wykazane. Judykatura stoi na stanowisku, że przeprowadzenie dowodu bez wydania postanowienia z zachowaniem zasad z art. 236 k.p.c. nie jest z reguły uchybieniem mogącym mieć wpływ na wynik sprawy. Naruszenie art. 236 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. mogłoby być oceniane jako mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jeśli sąd w sposób niedostatecznie pewny określił materiał dowodowy mogący stanowić merytoryczną podstawę rozstrzygnięcia (por. wyroki Sądu Najwyższego z: 19 stycznia 2007 r., III CSK 368/06, LEX 277293; 12 maja 2005 r., III CK 613/04, LEX nr 380929, 25 czerwca 2008 r., II UK 327/07, LEX 496393; 30 października 2008 r., II CSK 254/08, LEX nr 511999; 20 stycznia 2009, II CSK 417, LEX 518078). Apelująca zgłaszając wyżej pomieniony zarzut nie przedstawiła, występowania okoliczności dający podstawę do twierdzenia istotności wpływu wadliwości działania Sądu Okręgowego na treść zapadłego orzeczenia.

Również jako bezzasadny należało ocenić zarzut apelacji określony w jej pkt. IV petitum, dotyczący naruszenia art. 235 i k.p.c., polegające na zupełnym pominięciu zasady bezpośredniości przy przeprowadzaniu wszystkich dowodów osobowych, na skutek czego Sąd I instancji nie mógł w żaden sposób poczynić odpowiednich spostrzeżeń, istotnych dla oceny wiarygodności i mocy tych dowodów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania za niewiarygodne zeznania świadków S. S., M. S. oraz powódki. Trzeba zaznaczyć, że fakt prowadzenia osobowych środków dowodowych w drodze pomocy prawnej był wyraźnie wskazywany w postanowienia dowodowych (k. 127, 533), przy czym powódka nie zgłaszała w tym względzie zastrzeżeń, podnosząc zarzuty dopiero w środku odwoławczym. Jednakże, co istotne,

uznać trzeba, że w sprawie nie występowały negatywne warunki do prowadzenia dowodów w drodze pomocy prawnej. Nie stał temu na przeszkodzie § 100 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 lutego 2007 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. nr 39, poz. 249 ze zm.) pozwalający w takich sytuacjach jak w omawianej sprawie prowadzenie dowodów osobowych w drodze pomocy prawnej. Powyższe nie tylko dlatego, że apelująca nie wykazała wpływu braku zachowania zasady bezpośredniości na treść zaskarżonego wyroku, ale również wobec faktu, że podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miała, o czym niżej, opinii specjalistyczna biegłego z dziedziny rolnictwa, w zakresie projektowania i wykonywania ogrodów.

Przechodząc do kolejnego zarzutu naruszenia prawa procesowego dotyczącego naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (pkt. I, V petitum apelacji) przypomnieć trzeba ugruntowany pogląd Sądu Najwyższego, że zgodnie z tym przepisem sąd ustala stan faktyczny sprawy, opierając się na dowodach, które poddaje swobodnej ocenie, bazując na własnym przekonaniu i wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału. Zarzut naruszenia przez sąd tego przepisu może okazać się zasadny tylko wtedy, gdy orzekający sąd wyjdzie poza granice swobodnej oceny dowodów. Oznacza to, że jeśli sąd I instancji, po wszechstronnym rozważeniu materiału dowodowego, wyprowadził z dowodów wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to nawet jeśli z tego samego materiału dowodowego dałoby się wysnuć inne wnioski, sąd odwoławczy nie może ingerować w dokonane ustalenia faktyczne (por. np.: wyrok Sądu Najwyższego z: 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56096; 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273).

Na powyższym tle trzeba zaznaczyć, że z opinii biegłej A. P. wynika zasadnicza podstawa złego stanu roślin i trawnika w ogrodzie powódki w postaci brak właściwego drenażu gleby. Z przeprowadzonego z sprawie postępowania dowodowego można wysnuć wniosek, że co prawda teren ogrodu został wcześniej zmeliorowany, z odprowadzeniem nadmiaru wody do rowu melioracyjnego, jednakże system ten przestał funkcjonować i zaistniała konieczność wykonania nowego drenażu z uwagi na zaleganie w terenie wody i zbyt powolne (choćby ze względu na gliniasty grunt) przesiąkanie do gleby wody opadowej. Jak wskazuje biegły przyczyną zniszczenia systemu melioracyjnego (przerwanie ciągłości, zamulenia) mogły być, przede wszystkim, prace budowlane na nieruchomości i związane z tym kształtowanie terenu.

Nie może być wątpliwości w sprawie, że powódka uzyskała od pozwanego wiedzę o konieczności wykonania drenażu przed przystąpieniem do realizacji umowy, tudzież nie zaakceptowała wykonania proponowanego drenażu. Otóż niesporną okolicznością jest to, że ogród powódki nie został wykonany zgodnie z umową i załączonym do niej projektem, opracowanym przez pozwanego, gdyż inwestorka odstąpiła od pierwotnie planowanego sposobu realizacji urządzenia ogrodu, ze względu na zbyt wysokie w tym zakresie koszty, oraz względy estetyczne. Niewątpliwie, co wynika ze wskazanych przez Sąd Okręgowy w stanie faktycznym dowodów, inwestor zapewnił o istnieniu drenażu terenu podczas wstępnych na wiosnę 2008 r. oględzin ogrodu, jak również później odmówił wykonania rozwiązań mających spełniać funkcje dodatkowego odwodnienia terenu, z uwagi na redukcję kosztów. I tak ojciec powódki, który przez cały czas realizacji prac aktywnie reprezentował powódkę (za jej wiedzą i pełną akceptacją - vide zeznania S. S. k.342) informował pozwanego, za którego w większości działała jego żona, o braku konieczności wykonania drenażu, z uwagi na fakt jego istnienia, jak również z przyczyny naturalnego nachylenia terenu, wskutek czego nadmiar wody miał się gromadzić we wschodniej części działki. Z kolei pozwany dokonał organoleptycznego (to znaczy za pomocą zmysłów) badania gruntu stwierdzając brak potrzeby prowadzenia specjalistycznych w tym przedmiocie czynności. Także projektant mający wiedzę od żony pozwanego, że ogród jest zdrenowany nie weryfikował z tego względu w nim gleby przed sporządzeniem projektu. To też w rzeczoną projekcie nie były przewidziane urządzenia melioracyjne. Jednakże nadzorująca wykonywanie prac i dokonująca uzgodnień co do realizacji inwestycji żona pozwanego, po uzyskaniu informacji o planowanym wykonaniu przed domem podjazdu betonowego, na jesień 2008 r. poinformowała ojca powódki o konieczności wykonania dodatkowego drenażu. Taki też podjazd został zrealizowany, choć pierwotnie S. S. informował pozwanego, że będzie on wykonany z kostki bukowej. Pozwany został także poinformowany o założeniu opaski drenażowej wokół domu, oraz o fakcie zmeliorowania terenu. Ojciec powódki został po raz drugi poinformowany przez żonę pozwanego o konieczności wykonania drenażu, co nastąpiło już w trakcie wykonywania prac ogrodniczych i instalowania systemu nawadniania. Wówczas była mowa o możliwości umieszczenia systemu drenarskiego w rowach wykopanych pod system nawadniający, z propozycją wykonania

dotkowego odprowadzenia wody z terenu działki poprzez wywiercenie otworów w fundamencie posadowionym na głębokości 1,5 metra, przez co stanowiącym swoistą tamę dla odpływu wody. Propozycja ta jednak nie zyskała akceptacji. Potwierdzenie powyższych okoliczności znajduje się nie tylko w zeznaniach świadków M. F. i S. W., który kształtował teren na jesień 2008 r. (k. 353, 252), ale przede wszystkim w zeznaniach ojca powódki S. S. zaznaczającego, że M. F. była informowana, o przekonaniu inwestora co do braku konieczności przeprowadzenia drenażu działki (k.343). Chybiony jest zarzut apelacji, nawiązujący do opinii biegłej, jakoby (o czym już częściowo wyżej) występowała konieczność uwzględnienia drenażu w projekcie, gdyby okazało się, że drenaż jest potrzebny. Wszak jeżeli wykonawca był pewien, że nie występują problemy z zawilgoceniem (przy uwzględnieniu gliniastej struktury ziemi z dużą ilością części spławnych), to nie było potrzeby planowania drenażu całego ogrodu. Nadto projekt przewidywał miejscowe wykonanie drenażu oraz elementy, które następnie własnym przemysłem zmieniła powódka, co nie pozostało bez wpływu na warunki wodne ogrodu. Biegła zaznaczyła, że na podstawie dokumentów z akt sprawy i oględziny ogrodu powódki, teren został zagospodarowany inaczej niż przewidywał projekt, z przyczyny wysokich kosztów wykonania wszystkich założeń projektu (opinia biegłej k. 418-432, 483-493, 515-521).

W konsekwencji wadliwa jest teza z pkt. I.1 petitum apelacji, jakoby wobec braku uzyskania przez powódkę wiedzy od A. F. konieczności wykonania drenażu przed przystąpieniem do wykonania umowy i w trakcie przed odbiorem prac w dniu 3 lipca 2009 r., realizacja zagospodarowania terenu przez pozwanego była dotknięta wadą istotną.

Nie mógł odnieść skutku także kolejny zarzut apelacji sformułowany w jej pkt. I.2. Co prawda pozwany nie dołożył należytych starań, aby sprawdzić przed przystąpieniem do prac rodzaju gleby na terenie planowanego ogrodu, co mogło skutkować zamieraniem drzew i krzewów, tudzież niską jakością trawnika, jednakże skoro wykonawca na odpowiednio wczesnym etapie prac, jeszcze przed opracowaniem projektu ogrodu, omawiał kwestię realizacji drenażu, a inwestor odmówił wykonania tego przedsięwzięcia i zalecił dalsze prace, to nie można w tym przedmiocie mówić o wadliwym wykonaniu dzieła w tym nieprzewidzenia wykonania drenażu w projekcie urządzenia ogrodu, stąd też dopuszczeniu się przy realizacji zagospodarowania terenu istotnych wad. Przypomnieć trzeba, że powódka, o czym już było mowa wyżej, zrezygnowała z wielu rozwiązań, które miały pełnić funkcję miejscowego drenażu. Z kolei pozwany za pośrednictwem swej żony mającej kontakt z ojcem powódki, informował zamawiającą o konieczności i sposobie wykonaniu drenażu, jednakże ta z niego zrezygnowała i na wyraźne jej zlecenie, umówione dzieło zostało wykonane zgodnie z wytycznymi inwestorki. W opinii biegłej A. P. zaznaczono, że brak było podstaw do twierdzenia, że wykonawca musiał osobiście na własny koszt badać funkcjonowanie starej melioracji, gdyż są od tego specjaliści, przy czym decyzja w tym względzie należała do inwestora (opinia k. 515-521). Z kolei z zeznań żony pozwanego wynika, że umówiła się w marcu 2008 r. na wizję lokalną w P., uzyskując wówczas od ojca powódki informacje, że nie ma zastojów wody i teren nie wymaga dodatkowego drenażu (k. 353).

Podobnie należy ocenić zarzut z pkt. I.3. petitum apelacji, jakoby brak było materiału dowodowego uzasadniającego wnioski o przyczynieniu się powódki do aktualnego stanu ogrodu. Z wielokrotnie wspomianej opinii biegłej A. P. jasno wynika, że o ile samo podniesienie terenu, zmiana jego rzeźby (prace przygotowawcze przed realizacją przez powoda urządzenia ogrodu), nie wpłynęły na funkcjonowanie drenów, to niewątpliwie takie oddziaływanie miały prace budowlane wykonane przez powódkę (wykop głębokich fundamentów). Ponadto powódka przyczyniła się do zaburzenia stosunków wodnych w ogrodzie, ponieważ odstąpiła od pierwotnych założeń urządzenia ogrodu, wykonała betonowy podjazd, tudzież zaniechała wywiercenia otworów w fundamencie ogrodzenia ogrodu dla odpływ nadmiaru wody po intensywnych opadach deszczu.

Co do sformułowanego w pkt. II petitum apelacji zarzutu popadnięcia przez Sąd w sprzeczność ustaleń faktycznych Sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, dość powiedzieć, że prace wykonane przez inne podmioty dotyczące ukształtowania terenu, nasadzenia dużych drzew oraz założenia systemu nawadniającego nie były uwzględnione w kosztorysie pozwanego. Jak trafnie zostało zaznaczone przez Sąd I instancji wynagrodzenie pozwanego miało charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy. Jest to istotne z tego względu, że powódka zdawała sobie sprawę z zakresu pracy i wynagrodzenia za nie. Nawet odejście od głównego projektu nie zmienia fakt, że stanowił

on punkt wyjścia do dalszych zmian. Naliczone wynagrodzenie dla powoda stanowi wartość wykonanych przez niego prac, pomniejszone o koszty usunięcia wad robót powstałych wskutek nieprawidłowego wykonania zobowiązania.

Na powyższym tle jako niczym nieuzasadniony jawi się zarzut apelacji z jej pkt. VI dotyczącego sprzeczność poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na błędnym wyliczeniu wynagrodzenia należnego pozwanemu, bez uwzględnienia istniejących wad wymagających usunięcia, a co za tym idzie bez wynagrodzenia pozwanego w kwocie obejmującej koszty jakie będzie musiała ponieść powódka w celu ich usunięcia, na skutek czego doszło do nieprawidłowego obliczenia wynagrodzenia pozwanego. Jest to bowiem jawnie niezgodne z opinią biegłej A. P., w których jasno wynika, jaka wartość prac została wykonana prawidłowo oraz nieprawidłowo. Słusznie zauważa przy tym na tle art. 637 k.c. pozwany, że rękojmią za wady dzieła stanowi rodzaj odpowiedzialności służącej ekwiwalentności świadczeń, nie mając przy tym charakteru odszkodowawczego, ponieważ przesłanką powstania uprawnień zamawiającego nie jest powstanie szkody, stąd też nie mają tu zastosowania reguły wyrażone w art. 471 k.c. O ile zatem przedmiotem powództwa był wyłącznie zwrot świadczenia w następstwie odstąpienia od umowy o dzieło, to kwestia ewentualnej naprawy i kosztów z nią związanych jest w sprawie bezprzedmiotowa. Podobnie nie znajdują podstaw zastrzeżenia powódki dotyczące braku pytań Sądu Okręgowego do biegłej, w przedmiocie wartości prac dotyczących m.in. wykonania drenażu.

W kolejności zauważyć trzeba, że nie występują także podstawy do kreowania zasadności poglądu o naruszeniu przepisów postępowania poprzez niewyjaśnienie motywów rozstrzygnięcia i przyjęcia jednego z wariantów wyceny wykonanej przez biegłą, bez wyjaśnienia dlaczego wariant korzystniejszy dla powódki został pominięty. Otóż istotnie w uzupełniającej opinii biegłej A. Z. z 12 lipca 2012 r. został przewidziany wariant II z wyliczeniem wartości prac wykonanych wadliwie, gdy w związku z założeniem drenażu miałyby nastąpić likwidacja cały powierzchni trawnika z siatka tj. 342 m<sup>2</sup>. Jednakże skoro ów wariant został opracowany na wyraźne zlecenie powódki, przy czym nie miał w sprawie, z przyczyn wyżej wskazanych, zastosowania, to też słusznie nie został przez Sąd Okręgowy wzięty pod uwagę.

W konsekwencji Sąd Okręgowy prawidłowo doszedł do przekonania, że strony łączyła umowa o dzieło, zaś jej przedmiotem było założenie ogrodu przydomowego. Dotyczyło to szeregu oświadczeń woli, gdyż powódka na różnych etapach prac modyfikowała zakres zleczonych pozwanemu prac, kierując się zarówno względami estetycznymi jak i finansowymi. W efekcie rzeczy pierwotny projekt nigdy nie był przedmiotowym elementem łączącej strony umowy, a jedynie punktem wyjścia do ostatecznych ustaleń. Jeśli zatem nie dało się określić jednoznacznie podstawy, która mogłaby wyjaśnić kwestię wynagrodzenia, to zgodnie z art. 628 k.c., wynagrodzenie winno odpowiadać uzasadnionemu nakładowi pracy. Podstawą ustalenia tego okazała się opinia biegłej A. P., która wyliczyła, że wartość prac wykonanych przez pozwanego, które nie wymagały poprawy wyniosła 156.980 zł. Skoro była ona wyższa o zgłoszonej przez powódkę pretensji, to już z tego względu powództwo okazało się nieuzasadnione. Dalej Sąd Okręgowy trafnie zauważył, że choć pozwany dopuścił się wad w wykonaniu ogrodu, to jednak nie miały one charakteru istotnego, gdyż zdecydowana ich większość została zrealizowana przez pozwanego prawidłowo, zgodnie ze sztuką ogrodnictwa. Rośliny w większości znajdują w dobrym stanie. Dzieło wykonane przez pozwanego jest zdatne do użytku, nie sprzeciwia się umowie stron, gdyż jej przedmiotem nie było wykonanie dodatkowego drenażu. Biegła opracowująca opinię w sprawie wzięła pod uwagę wady i zaniedbania wykonawcy i w konsekwencji pomniejszyła wartość pracy przez niego wykonanych.

Nie można się również zgodzić z trafnością zarzutu z pkt. VII petitum apelacji.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że w sprawie nie mają zastosowania przepis art. 8 ust. 4 umowy konsumenckiej w zw. z art. 627<sup>1</sup> k.c., ponieważ przedmiotem umowy stron w zakresie urządzenia i wykonania ogrodu powódki była usługa, a nie rzecz. Zagospodarowanie ogrodu nie sprowadza się do dostarczenia i posadzenia drzewek, krzewów, trawy i innych elementów infrastruktury, lecz odpowiedniego jego urządzenia, poprzez ukształtowanie terenu, odpowiednie posadzenie i usytuowanie roślin, choćby miało to być dokonane zgodnie z poleceniem inwestora. Taki konglomerat działań nie może być traktowana jako rzecz w rozumieniu art. 45 k.c.

Z tych wszystkich względów apelacja powódki, w oparciu o przepis art. 385 k.c., została oddalona, zaś o kosztach postępowania Sąd odwoławczy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1, art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 pkt. 2 w zw. z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Min. Spraw. z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, -oz. 1349 ze zm.).