

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Kuczyńska (spr.)
Sędziowie	:	SA Magdalena Natalia Pankowicz SA Bogusław Suter
Protokolant	:	Iwona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 29 stycznia 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. i K. B. (1)

### **o zapłatę**

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 27 grudnia 2016 r. sygn. akt VII GC 15/14

### **I. zmienia zaskarżony wyrok i:**

**1) zasądza od pozwanych K. B. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. kwotę 605 885, 21 (sześćset pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt pięć 21/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 21 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego;**

**2) zasądza od pozwanych K. B. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. kwotę 50 585,50 (pięćdziesiąt tysięcy pięćset osiemdziesiąt pięć złotych 50/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego;**

**II. zasądza od pozwanych K. B. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. kwotę 38 395 (trzydzieści osiem tysięcy**

**trzysta dziewięćdziesiąt pięć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu instancji odwoławczej, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego;**

**III. nakazuje ściągnąć od pozwanego K. B. (1) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 117,33 (sto siedemnaście 33/100) złotych tytułem brakujących kosztów sądowych instancji odwoławczej.**

E. M. N. B. S.

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E. wnosił o zasądzenie od pozwanych K. B. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. in solidum kwoty 605 885,21 złotych z ustawowymi odsetkami, jak za opóźnienie od 21 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazywał, że dochodzona kwota stanowi koszty jakie poniósł wykonując w ramach udzielonej inwestorowi gwarancji, jako Lider konsorcjum, wymianę wadliwie wykonanej części bieżni sportowej na stadionie w E.. Wskazywał, że naprawy dokonał zamiast pozwanych, którzy byli odpowiedzialni w ramach gwarancji, nadto, w stosunku do K. B. (1) przysługuje mu regres w oparciu o umowę konsorcjum.

Pozwani wnosili o oddalenie powództwa.

K. B. (1) podniósł, że odbiór końcowy nawierzchni poliuretanowej odbył się 28.10.2009 r. i od tej daty biegł 36 miesięczny termin gwarancji, który upłynął 28.10.2012 r. Po upływie tego terminu roszczenia gwarancyjne wygasły. Wskazywał również, że nie doszło do jednoznacznego ustalenia przyczyny uszkodzeń bieżni. Według niego, sposób naprawy wg umowy wybierał wykonawca, a powód uniemożliwił jej wykonanie powołując się na stanowisko inwestora i 20.08.2013 r. zawarł samowolnie, bez jakichkolwiek analiz, porozumienie z Gminą M. E., co świadczy o nienależnym wykonaniu zobowiązania oraz nadużyciu stosunku pełnomocnictwa. Zdaniem tego pozwanego roszczenie inwestora się przedawniło tak z gwarancji, jak wg ogólnych terminów (3 lata od odbioru nawierzchni) i rękojmi, czego powód w ogóle nie brał pod uwagę nadużywając stosunku pełnomocnictwa; działał samowolnie i bez porozumienia z pozwanym. Wreszcie, jego zdaniem, powód nie wykazał wysokości szkody.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. z kolei podnosiła, że K. B., z którym łączyła go umowa o wykonanie bieżni odebrał prace najpóźniej 23.07.2010 r., a inwestor najpóźniej 19.08.2010 r. i bez zastrzeżeń. Użyte materiały, ich skład i parametry były wszystkim znane. Pozwany podnosił, że udzielił gwarancji tylko i wyłącznie K. B. wydając mu kartę gwarancyjną nr (...), bez możliwości wykonania zastępczego. Zaznaczał, że została wyłączona odpowiedzialność pozwanego za niewłaściwe lub niezgodne z przeznaczeniem użytkowanie, za uszkodzenia mechaniczne i wynikłe z samowolnego dokonywania napraw i wynikłe z ukrytych wad podłoża, a tymczasem 28.10.2011 r. jej przedstawiciel stwierdził uszkodzenia mechaniczne bieżni. Pozwany twierdził, że po bieżni jeździł ciężki sprzęt i składowano na niej materiały, co stało się przyczyną uszkodzeń. Pozwana spółka przyznając, że K. B. zlecił Instytutowi (...) wykonanie ekspertyzy, podkreślała że zakwestionowała jej wnioski. Przyznała, że zawarła ugodę z powodem i K. B. w celu polubownego zakończenia sprawy i kosztów naprawy, w wyniku czego w dniu 08.10.2012 r. rozpoczęła i prowadziła prace naprawcze na długości 180 m, czego nie zaakceptował Inwestor, żądając zmiany sposobu naprawy. Po wykonaniu kolejnej ekspertyzy domagał się od Konsorcjum wymiany warstwy poliuretanowej i warstwy stabilizującej mineralno – gumowej (ET) w zakresie (...), w konsekwencji czego powódka zaczęła ignorować skutki ugody. Pozwany podkreślał, że powódka związała się dwoma diametralnie różnymi ugodami. Wskazywał na brak jasno sprecyzowanego w pozwie przepisu prawnego a nawet reżimu odpowiedzialności i podkreślał, że wszystkie strony łączy ważna ugoda z 19.09.2012 r. Pozwany podkreślał też, że zawierał umowę nie z powódką czy Konsorcjum lecz tylko z K. B. i powódka nie ma do niego własnych roszczeń, bo nie była stroną umowy podwykonawczej, a przelew praw z rękojmi i imiennej gwarancji był bezskuteczny bez przeniesienia wierzytelności głównej. Wszelkie uprawnienia pozwanego B. z udzielonej gwarancji i rękojmi wygasły po upływie 37 miesięcy od 23.07.2010 r., a z chwilą rozbiórki bieżni najpóźniej uprawnienia i roszczenia z gwarancji stały się bezprzedmiotowe. Wskazywał również, że cesją zostały objęte roszczenia które mogłyby przysługiwać pozwanemu K. B., ale K. B. nie poniósł jakiegokolwiek szkody. Cesja zawarta

została już po wykonaniu przez powódkę prac naprawczych, przy czym do zastępczego wykonania wymiany bieżni jego zdaniem potrzebna była zgoda sądu (480 § 1 k.c.). Nadto, powódka nie udowodniła poniesienia kosztów wymiany. Także ten pozwany powołał się na przedawnienie roszczeń i twierdził, że powództwo wytoczono po upływie okresu przedawnienia, który należy liczyć od 19.08.2010 r.

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo.

Sąd ten ustalił, że powód i pozwany K. B. (1) w dniu 13 lutego 2009 r. zawarli umowę konsorcjum celem złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na realizację inwestycji „Modernizacja głównej płyty boiska i bieżni lekkoatletycznej wraz z trybunami na stadionie miejskim w E. przy ul. (...)” oraz wspólne wykonanie przedmiotu zamówienia. Pozwany K. B. w ramach tej umowy zobowiązał się do wykonania robót obejmujących roboty przygotowawcze, boisko do gry w piłkę nożną, uzbrojenie sanitarne boiska, sieć kanalizacji deszczowej, bieżnię z nawierzchnią poliuretanową oraz wyposażenie i urządzenia sportowe. W dniu 30 marca 2009 r. pomiędzy Gminą M. E., jako zamawiającym, a konsorcjum, jako wykonawcą doszło do zawarcia umowy nr (...) na wykonanie przedmiotowej inwestycji. W § 5 wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na przedmiot umowy na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego robót poszczególnego zadania. Przewidziano, że wykonawca usunie na własny koszt wady powstałe z jego winy i ujawnione w czasie gwarancji, a także wszelkie szkody powstałe z jego winy w wyniku prowadzonych robót. Następnie, w dniu 2 kwietnia 2009 r. K. B. (1) zawarł z (...) sp. z o.o. umowę podwykonawczą (...), zlecając spółce wykonanie na jego rzecz robót polegających na wykonaniu bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni poliuretanowej o ogólnej powierzchni ok. 4 500 m<sup>2</sup> w ramach powyższej inwestycji. Na wykonane roboty (...) sp. z o.o. udzielił K. B. gwarancji jakości na okres 37 miesięcy. Zobowiązał się do bezpłatnych napraw usterek ujawniających się w trakcie eksploatacji w okresie gwarancji. Gwarancją nie objęto uszkodzeń wynikających z niewłaściwego lub niezgodnego z przeznaczeniem użytkowania, mechanicznych, samowolnego dokonywania napraw, ukrytych wad podłoża, działania siły wyższej oraz działania środków chemicznych.

Sąd Okręgowy ustalił, że prace dotyczące bieżni zostały wykonane i odebrane przez powoda w dniu 28 października 2009 r., a następnie od powoda odebrał je inwestor. Opłacił je na podstawie faktury VAT z 23 listopada 2009 r.

W trakcie przeglądu gwarancyjnego 1 września 2011 r. stwierdzono, że bieżnia jest „miękką” na łukach i ostatnich torach.

W dniu 19.09.2012 r. strony postępowania zawarły „porozumienie” w którym wskazały na dwa możliwe sposoby naprawy uszkodzonej bieżni. Ustaliły, że naprawę wykona (...) sp. z o.o., a koszty naprawy poniesie każda ze stron w wysokości 1/3. Porozumienie nie zostało zaakceptowane przez inwestora i do wykonania jego postanowień nie doszło.

Jak ustalił dalej Sąd pierwszej instancji, w trakcie kolejnego przeglądu gwarancyjnego w dniu 18 października 2012 r. stwierdzono postępujące wymiękanie nawierzchni poliuretanowej, zastoiny wody oraz zapadanie bieżni na ok. 1 cm.

Z dalszych ustaleń wynikało, że powód w dniu 20 sierpnia 2013 r. zawarł z Gminą M. E. porozumienie, w którym ustalono, że zostaną wymienione na nowe uszkodzone części bieżni. Wymianie nie podlegał jedynie obszar 1 013 m<sup>2</sup> oraz prosty odcinek bieżni z rowem z wodą o pow. ok. 115 m<sup>2</sup>. Na wykonanie nowej nawierzchni powód udzielił 3 letniej gwarancji liczonej od odbioru robót. W dniu 28.08.2013 r. powód zawarł umowę z (...) sp. z o.o., której zlecił wymianę nawierzchni bieżni na nową. W dniu 12 grudnia 2013 r. wykonawca wystawił fakturę VAT na kwotę 704 288,16 zł brutto. Pismem z 13 stycznia 2014 r. powód wezwał obu pozwanych do zapłaty kwoty 605 885,21 zł w terminie 7 dni od otrzymania wezwania.

Z ustaleń Sądu wynika również, że w dniu 14 listopada 2013 r. powód zawarł z K. B. (1) umowę cesji, mocą której K. B. przelał na powoda – na zabezpieczenie roszczeń powoda względem niego wynikających z tytułu ujawnionych wad nawierzchni bieżni – wszelkie uprawnienia wynikające z udzielonej przez podwykonawcę gwarancji, w szczególności uprawnienie do wykonania na koszt podwykonawcy prac naprawczych związanych z ujawnionymi wadami bieżni

lekkoatletycznej, wszelkie uprawnienia z rękojmi z tym związane oraz wszelkie roszczenia odszkodowawcze przysługujące lub mogące przysługiwać pozwanemu K. B. względem podwykonawcy.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne. Powyższą ocenę poprzedził rozważaniami na temat zasad odpowiedzialności in solidum.

Odnosnie odpowiedzialności K. B. Sąd stwierdził, że umowa konsorcjum nie przewidywała zasad odpowiedzialności jej członków, zaś powód który dochodzenie roszczenia od tego pozwanego motywował jako roszczenie regresowe, zdaniem Sądu, winien był wykazać, że wady których naprawy dokonał, ujawnione w okresie gwarancji, powstały z winy K. B., bowiem zgodnie z umową nr (...) do naprawy jedynie takich wad zobowiązali się członkowie konsorcjum.

Jednocześnie Sąd wskazał, że tenże pozwany, który część prac wykonał posługując się podwykonawcą, z mocy art. 474 k.c. ponosi odpowiedzialność za prawidłowość prac wykonanych przez pozwaną spółkę (...).

Przechodząc do odpowiedzialności pozwanego (...) spółki z o.o. Sąd Okręgowy, przyjmując, że odbiór robót nastąpił 28.10.2009 r. uznał, że w dniu zawarcia umowy cesji tj. 14 listopada 2013 r. wygasły uprawnienia gwarancyjne pozwanego K. B. wynikające z umowy (...), ponadto, że powód nie wykazał, aby ten pozwany posiadał wobec pozwanej spółki (...) roszczenie w wysokości 605 885,21 zł.

Sąd Okręgowy wskazując, że bezsporne było ujawnienie w dniu 1 września 2011 r. wad bieżni, po analizie opinii biegłego sądowego G. S. (1), nie podzielając wniosków tego biegłego co do przyczyn wadliwości bieżni, uznał za trafny wniosek biegłego co do braku możliwości wskazania zakresu wadliwości bieżni. Wskazał, że skoro nie zabezpieczono prawidłowych próbek bieżni tj. wraz z podbudową, to istniejące próbki nie są miarodajne dla oceny przyczyn i zakresu wadliwości bieżni, a tym samym ewentualnej szkody. Zdaniem Sądu, nie ma podstaw, by uogólniać dane wynikające z pobranych próbek nawierzchni na stan całej bieżni. Doprowadziło to Sąd pierwszej instancji do wniosku, że powód nie udowodnił zasadności swego roszczenia. Jednocześnie oceniając zebrany materiał dowodowy Sąd Okręgowy wskazał, że był on niewystarczający do przyjęcia, że przyczyną wadliwości bieżni było jej mechaniczne uszkodzenie poprzez poddawanie „silnym naciskom przewyższającym jej wytrzymałość”, w szczególności poprzez poruszanie się po bieżni ciężkiego sprzętu w czasie przebudowy trybun, czy składowanie na bieżni materiałów do budowy trybun.

Podsumowując swoją ocenę Sąd Okręgowy ostatecznie uznał, że wprawdzie pozwani nie wzruszyli domniemania wynikającego z art. 471 k.c., to dostarczone przez powoda dowody nie dały podstaw do poczynienia jednoznacznych ustaleń co do zakresu uszkodzenia bieżni, a tym samym nie wskazywały na wysokość kosztów naprawy, nadto w świetle opinii biegłego wystarczającym sposobem naprawy bieżni byłoby jej „łatanie”.

Sąd uznał także za uzasadniony podniesiony przez pozwanych zarzut przedawnienia wskazując, że odbiór bieżni miał miejsce w dniu 28.10.2009 r.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było również podstaw do zasądzenia dochodzonej kwoty w oparciu o przepis art. 415 k.c. z uwagi na niewykazanie przez powoda przesłanek tej odpowiedzialności, bowiem za niewystarczające uznał wskazanie jedynie, że przy wykonywaniu bieżni przez pozwaną spółkę doszło do „odstępstw od świadectw i aprobat technicznych (...), a także wykonania prac niezgodnie z projektem.

Apelację od tego wyroku wywiodła strona powodowa zaskarżając go w całości (k. 2030 i nast.). Powód zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. **naruszenie przepisów prawa procesowego** tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez ocenę dowodów sprzeczną z zasadami wyrażonymi w tym przepisie, skutkiem czego Sąd I instancji dopuścił się błędów w ustaleniach faktycznych polegających na:

a) ustaleniu z jednej strony, że bieżnia dotknięta była licznymi wadami polegającymi na jej miejscowej miękkości oraz zapadaniu się, jak również rozkruszaniu się warstwy ET, zaś z drugiej strony na uznaniu, iż brak było dowodów na okoliczność, że dotyczyło to całej powierzchni, w sytuacji gdy:

- z dowodów z zeznań świadków tj. H. B., P. G. (1) i A. U. (1) wynika, że wady ujawniały się sukcesywnie i postępująco począwszy od września 2011 r. do lata 2012 r., zaś od jesieni w 2012 r. objęły już całość bieżni,

- z dowodów z dokumentów wynika, że pozwany ad. 1 zgłaszał występowanie wad bieżni pozwanemu ad. 2 w okresie gwarancyjnym tj. od 23.07.2010 r. do 23.08.2013 r.,

- z dowodów z dokumentów (protokołów przeglądów gwarancyjnych) wynika, że wady miały charakter postępujący i w 2012 r. objęły już całą bieżnię,

- z dowodu z dokumentów (przedsądowych ekspertyz (...)) wynika, że wady dotyczyły składu i receptury mieszanki tworzącej warstwę ET produkowanej przez pozwanego ad. 2 i obejmowały całą bieżnię, gdyż taka sama receptura mieszaniny stosowana była na całej powierzchni tej bieżni,

- z przesłuchania stron – zeznania W. Ł. wynika, że opisywane wady bieżni zaczęły postępować w okresie jesień 2011 – jesień 2012 r. i w tym czasie objęły całą powierzchnię bieżni,

- z dowodów z dokumentów wynika, z jakich miejsc bieżni pobierano próby oraz w jakiej ilości, tj. że pobrano losowo z całej powierzchni bieżni,

b) przyjęciu, że brak jest dowodów na okoliczność uzasadniającą wymianę całej nawierzchni bieżni, w sytuacji gdy z dowodów z zeznań świadków H. B. i A. U. (1) oraz przesłuchania w charakterze strony W. Ł. wynika, że począwszy od lata 2012 r. tj. ujawnienia się opisywanych wad na całej nawierzchni bieżni, inwestor Miasto E. zażądał wymiany całej nawierzchni bieżni i oświadczył, że nie przyjmie naprawy częściowej,

c) uznaniu, że do odbioru końcowego bieżni doszło 28.10.2009 r., gdy z dokumentów załączonych do pozwu wynika, że dopiero w dniu 15.07.2010 r. pozwany ad. 1 zgłosił zamawiającemu do odbioru wykonane roboty, zaś pozwany ad. 2 zgłosił gotowość do odbioru wykonanych prac w dniu 23 lipca 2010 r., zaś Gmina M. E. została poinformowana o wykonaniu tych robót przez powoda pismem z 27 lipca 2010 r. i powołała komisję odbioru na dzień 19 sierpnia 2010 r., co potwierdza również treść umowy łączącej (...) sp. z o.o. z K. B. (1),

d) przyjęciu, że porozumienie z 19.09.2012 r. przestało obowiązywać między stronami procesu na skutek nieprzyjęcia przez Miasto E., w tym samym dniu kiedy zostało przedstawione Inwestorowi, w sytuacji gdy przestało ono obowiązywać jedynie na linii Miasto E. – strony procesu, bowiem Miasto E. odmawiało już przyjęcia naprawy częściowej, zaś obowiązywało nadal między stronami procesu, z tym zastrzeżeniem, że pozwany ad. 2 nie realizował go, co potwierdziło przesłuchanie stron,

e) uznaniu, że nie ma podstaw do uogólniania danych wynikających z pobranych próbek nawierzchni na stan całej bieżni, podczas gdy z dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o zabezpieczenie dowodu I Co 1149/13, w szczególności rzutu nawierzchni bieżni oraz raportu biegłego sądowego M. Z. wynika, że próbki o wym. 50 cm × 50 cm pobrano losowo z całej nawierzchni, w ilości 9 sztuk o łącznej wadze 500 kg, a nadto próbki przedprocesowo pobierał (...) w W. w łącznej ilości 7 sztuk, co tym samym świadczy o ich reprezentatywności, czego biegły sądowy wydający opinię w sprawie nigdzie nie zakwestionował,

f) uznaniu, że z jednej strony ani powód ani użytkownik, czy inwestor nie przyczynili się do powstania opisanych wad, gdyż nie udowodniono, że sprzęt budowlany powoda poruszał się po bieżni, jak również aby sprzęt użytkownika bieżni poruszał się po jej nawierzchni, tj. że doszło do jej mechanicznego uszkodzenia, zaś z drugiej strony, że nie udowodniono, że nawierzchnia była wadliwa wskutek działania lub zaniechania pozwanego ad. 2 z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej receptury mieszanki warstwy ET bieżni w sytuacji, gdy:

- z opinii biegłego G. S., którą Sąd bez głębszej analizy zdyskredytował w całości wynikało, że wadliwości w zakresie parametrów bieżni dotyczących zróżnicowanej twardości i sprężystości, spowodowane były niewłaściwym dozowaniem porcji kleju do mieszanki żwiru i granulatu (...) oraz nierównym dozowaniem żwiru do granulatu, a według biegłego z pewnością zastosowano przy wykonaniu warstwy ET zmienioną w sposób dowolny recepturę, a taki błąd dyskwalifikuje wyrób, a więc wykonanie bieżni jest niezgodne z projektem,

- z opinii przedśadowych (...) z 2012 i 2013 r. wynika, że wadliwość bieżni jest wynikiem nienależytego jej wykonania pod kątem receptury mieszanki warstwy ET, zaś ekspertyz tych nie można uznać tylko za dokumenty prywatne, bowiem zostały wydane na zlecenie pozwanego ad. 1 oraz inwestora Miasta E. przez jedyną w Polsce akredytowaną przy (...) jednostkę badawczą (akredytującą), która dopuszcza tego typu wyroby do stosowania na rynku polskim, a ponadto na wnioskach których to ekspertyz oraz pobranych przez (...) prób bazował biegły sądowy G. S. (który nie przeprowadzał własnych badań laboratoryjnych) i stanowiły one podstawy merytoryczne wydanej w sprawie opinii sądowej,

- z zeznań świadka D. P. (1), która kierowała zespołem badawczym wydającym przedśadowe ekspertyzy (...) i z tej racji posiada wiadomości specjalne wynika, że bieżnia była dotknięta w całości opisywanymi wadami, których przyczyn należy upatrywać w wadliwej recepturze mieszanki warstwy ET, a spostrzeżenia tego świadka winny być oceniane przez pryzmat posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego, bowiem postrzeganie faktów przez takiego świadka jest zasadniczo odmienne od spostrzeżeń osób postronnych (zwykłych użytkowników bieżni);

## **2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:**

a) art. 471 k.c., 474 k.c. w zw. z art. 509 § 1 k.c. i art. 6 k.c. poprzez ich wadliwą wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pomiędzy powodem a pozwanym ad. 1 nie mogło dojść do skutecznego przelania roszczeń i uprawnień z tytułu gwarancji i rękojmi na wykonaną bieżnię oraz roszczeń odszkodowawczych, w sytuacji gdy w okresie gwarancyjnym tj. od 23.07.2010 r. do 23.08.2013 r. wykryto wady całej bieżni i zgłoszono je pozwanemu ad. 2, co przesądza o istnieniu po stronie pozwanego ad. 1 roszczeń i uprawnień wobec pozwanego ad. 2, które w konsekwencji mogły zostać przelane umową cesji na rzecz powoda,

b) art. 415 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powód nie wykazał jednej z przesłanek statuujących odpowiedzialność w reżimie deliktowym, tj. bezprawności działania bądź zaniechania pozwanego ad. 2, w sytuacji gdy pozwany ten wykonał bieżnię lekkoatletyczną w sposób niezgodny z projektem, odstępując od aprobaty technicznej nr (...) wydanej w trybie przewidzianym ustawą z 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1570) i rozporządzeniem wykonawczym Ministra Infrastruktury w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania z dnia 08.11.2004 r. (Dz.U. 2014, poz. 1040), co stanowiło naruszenie przepisów powołanych aktów prawnych, jak również powszechnie obowiązujących norm starannego działania wymaganych od profesjonalisty, a w konsekwencji było działaniem bezprawnym w rozumieniu art. 415 k.c.,

c) art. 118 k.c. w zw. z art. 123 § 1 pkt 2 k.c., w zw. z art. 415 k.c., 442<sup>1</sup> § 1 k.c. oraz art. 471 k.c. poprzez ich wadliwą wykładnię polegającą na uznaniu, iż na dzień wniesienia pozwu roszczenie powoda uległo przedawnieniu, w sytuacji gdy roszczenie to nie przedawniło się ani w reżimie kontraktowym, ani w reżimie deliktowym, bowiem:

- pierwsze wady bieżni ujawniły się we wrześniu 2011 r. i miały one charakter postępujący, tak że jesienią 2012 r. objęły już całą bieżnię, a powód wnosząc pozew w dniu 23 stycznia 2014 r., uczynił to przed upływem okresu przedawnienia roszczenia liczonego od dnia wykrycia szkody (tj. wad nawierzchni bieżni na jej całej nawierzchni), przerywając w ten sposób jego bieg,

- zawarcie trójstronnego porozumienia w dniu 19 września 2012 r. spowodowało przerwanie biegu przedawnienia, bowiem doszło do niewłaściwego uznania przez pozwanego ad. 2 własnej odpowiedzialności za przedmiotowe zdarzenie co do zasady.

Powołując się na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie żądania pozwu i zasądzenie in solidum od pozwanych na rzecz powoda kwoty 605 885,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty, zasądzenie in solidum od pozwanych na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów. Wniósł również o zasądzenie od pozwanych in solidum na rzecz powoda kosztów procesu za instancję odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

#### **Apelacja jest zasadna.**

Odnosząc się najpierw do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. należy stwierdzić, że ustalenia Sądu Okręgowego przede wszystkim nie odzwierciedlają w pełni stanu faktycznego istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd ten nie rozważył i nie uwzględnił przy konstruowaniu stanu faktycznego wszystkich dowodów przedłożonych w sprawie czego konsekwencją jest nie tyle dopuszczenie się błędów w ustaleniach faktycznych, które zarzuca w apelacji skarżący, ile wyciągnięcie – w oparciu o niepełne ustalenia faktyczne – błędnych wniosków prowadzące do oddalenia powództwa ze wskazaniem, że powód nie udowodnił zakresu występowania wad i konieczności wymiany bieżni. Błędym ustaleniem faktycznym jest natomiast ustalenie, że w dniu 28 października 2009 r. nastąpił odbiór bieżni przez powoda. Zdaniem Sądu Apelacyjnego faktycznie miał on miejsce 19.08.2010 r. i dokonywany był przez inwestora – Gminę M. E., o czym będzie mowa niżej.

Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w przepisie art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”. Jak podkreśla się w orzecznictwie, przy konstruowaniu stanu faktycznego sąd powinien rozważyć i uwzględnić wszystkie dowody przeprowadzone w postępowaniu, jak również wszelkie okoliczności towarzyszące przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mające znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Dopuszczenie się obrazy art. 233 § 1 k.p.c. przez sąd może polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na niedokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważania sprawy. W tym drugim przypadku wyciągnięte przez sąd wnioski mogą być logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym, jednakże sąd czyni je w oparciu o część materiału dowodowego, a pozostałą część tego materiału, która pozwoliłaby na wyciągnięcie innych wniosków, pomija.

Uwzględniając powyższe i działając w ramach apelacji pełnej Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny zebranego materiału dowodowego, uzupełnionego w postępowaniu apelacyjnym o przesłuchanie w charakterze strony przedstawiciela strony powodowej i pozwanej (...) spółki z o.o. w Z..

Sąd Apelacyjny ustalił, że w dniu 13 lutego 2009 r. powód i pozwany K. B. (1) zawarli umowę Konsorcjum – celem złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji „Modernizacja głównej płyty boiska i bieżni lekkoatletycznej wraz z trybunami na stadionie miejskim w E. przy ul. (...)” oraz wspólnego wykonania przedmiotu zamówienia (§ 1 ust. 1 umowy k. 40 i nast.). Zgodnie z umową Liderem Konsorcjum został powód – (...) sp. z o.o. w E. . Pozwany K. B. (1) w § 3 ust. 2 umowy, jako (...) Konsorcjum, zobowiązał się wykonać m.in. bieżnię z powierzchnią poliuretanową. W ust. 3 – strony Konsorcjum ustaliły, że będą ponosić koszty wykonania swojego zakresu robót. W § 4 ust. 4 strony ustaliły, że ich odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu nie wykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu kontraktu jest solidarna, przy czym w przypadku roszczeń nastąpi regres w stosunku do tego uczestnika Konsorcjum, w którego zakresie były roboty niewykonane lub nienależycie wykonane. Strony w § 4 ust. 2 postanowiły, że umowa zostaje zawarta na czas przygotowania wspólnej oferty, wykonania przez strony robót wynikających z umowy zawartej z Zamawiającym oraz na okres obowiązywania gwarancji oraz rękojmi na przedmiot umowy.

W dniu 30.03.2009 r. Konsorcjum zawarło umowę z Gminą M. E.. W jej § 2 strony ustaliły m.in., że budowa bieżni i urządzeń lekkoatletycznych wchodzi w zakres zadania I, przy czym termin zakończenia robót zadania I ustalono do

15.10.2009 r. W § 5 ust. 1 Wykonawca udzielił gwarancji na przedmiot umowy na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego robót poszczególnego zadania, a w ust. 2 zobowiązał się do usunięcia na własny koszt wad powstałych z jego winy i ujawnionych w okresie gwarancji. W ustępie 3 ustalono prawo Zamawiającego do usunięcia wad we własnym zakresie i obciążenia kosztami wykonawcy w przypadku nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie lub nie stawienia się na przegląd gwarancyjny (k. 34 i nast.).

W dniu 2.04.2009 r. pozwani K. B. (1) i (...) sp. z o.o. w Z. zawarli umowę podwykonawczą(...), której przedmiotem było wykonanie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni poliuretanowej o ogólnej powierzchni ok. 4500 m<sup>2</sup> z podkładem elastycznym o grubości 35 mm (bazą) oraz wykonaniem nawierzchni składającej się z warstwy elastycznej z granulatu gumowego spojonego lepiszczem poliuretanowym o grubości 10 – 11 mm i warstwy natryskowej gr. 2-3 mm o parametrach zgodnych z ofertą z dnia 20 lutego 2009 r. wraz z malowaniem linii. Zadanie miało zostać wykonane do 25.09.2009 r. Wykonanie robót miało zostać stwierdzone w protokole odbioru robót, przy czym wykonawca zobowiązał się zgłosić gotowość do odbioru końcowego w dniu fizycznego zakończenia prac. W przypadku stwierdzenia wad w robotach zamiast protokołu końcowego miał być sporządzony protokół odbioru częściowego, a po usunięciu wad i ponownym zgłoszeniu gotowości do odbioru końcowego miał być sporządzony protokół odbioru końcowego. W § 8 podwykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty i użyte materiały na okres 37 m-cy od dnia sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót. Zgodnie z ust. 3 § 8, w okresie gwarancji wykonawca zobowiązał się do nieodpłatnego usuwania w terminie 14 dni od zgłoszenia wszelkich wad, które w tym okresie ujawnią się w robotach, a w ust. 4 postanowiono, że jeżeli nie usunie wad w terminie wskazanym przez Zamawiającego to ten może, bez utraty praw wynikających z gwarancji, usunąć wady we własnym zakresie ale na koszt Wykonawcy (k. 44 i nast.).

Instalację nawierzchni sportowej zakończono w październiku 2009 r. Została ona położona na warstwie podbudowy mineralnej, którą wykonała firma K. B.. Nawierzchnię tworzyły 3 warstwy wykonane przez spółkę (...) tj. warstwa stabilizująca mineralno-gumowa (...), warstwa elastyczna oraz natryskowa warstwa wierzchnia użytkowa (bezsporne). Podwykonawca przed instalacją nawierzchni sportowej sprawdzał podłoże mineralne, które wykonała firma K. B. i zaakceptował je (zeznania A. K. 25.09.2014 r., znacznik czasu 00:43:11 do 00:52:11).

W dniu z 28.10.2009 r. został sporządzony przez Gminę M. E. przy udziale K. B. (1) protokół „w sprawie odbioru końcowego i przekazania do użytku”, który dotyczył zadania I, I etap. Wskazano w nim, że zadanie zostało wykonane w okresie 08.05.09 – 15.10.2009 r. (k. 168). W protokole nie wypełniono rubryki dotyczącej jakości robót, od kogo roboty odebrano, wskazano okres gwarancji 36 m-cy, nie wypełniając rubryki do kiedy gwarancja trwa. Nie wypełniono rubryki dotyczącej dokumentów przekazanych użytkownikowi, a we wnioskach i zastrzeżeniach komisji znalazły się zastrzeżenia co do bieżni – wykonawca miał zamalować istniejące linie i wymalować na nowo we właściwym miejscu, linie żółte zamalować na białe. Protokół ten został sporządzony do celów zafakturowania zadania; mimo jego sporządzenia nie oddano bieżni do użytku, co nastąpiło faktycznie po odbiorze w sierpniu 2010 r. (zeznania H. B., Z. S., T. Ł. (1), W. Ł.).

Nie było sporządzonego protokołu odbioru bieżni pomiędzy K. B. a spółką (...) (zeznania A. K. w dniu 25.09.2014 r.; znacznik czasu 00:43:11).

Pozwany (...) sp. z o.o. wydał K. B. (1) w lipcu 2010 r. Kartę gwarancyjną nr (...), w której jako datę przekazania dzieła do użytku wskazano dzień 23.07.2010 r. (k. 48, zeznania J. M.). Wykonawca (spółka (...)) zobowiązał się do bezpłatnych napraw usterek ujawniających się w trakcie eksploatacji w okresie gwarancji, w terminie uzgodnionym z zamawiającym, możliwie najkrótszym. Wskazano, że rękojmią nie są objęte uszkodzenia powstałe w wyniku niewłaściwego lub niezgodnego z przeznaczeniem użytkowania, uszkodzeń mechanicznych lub samowolnego dokonywania napraw, ukrytych wad podłoża, działania siły wyższej, działania środków chemicznych. Wykonawca udzielił gwarancji na okres 37 miesięcy.

W dniu 19.08.2010 r. sporządzono protokół w sprawie przeglądu technicznego budowy, Etap I (k. 228) przy udziale przedstawicieli Lidera Konsorcjum i (...), w którym ustalono m.in., że należy oczyścić nawierzchnię bieżni z błota, poprawić natrysk bieżni w 3 miejscach, uzupełnić nawierzchnię poliuretanową na obrzeżach i przy rowie z wodą.



Także w dniu 19.08.2010 r. został sporządzony protokół odbioru częściowego dla Etapu I, zadania I, II, cz. III – pod przewodnictwem W. S. z Urzędu Miasta, przedstawicieli użytkownika i wykonawcy (W. R. (1) i W. Ł.) i przy udziale 5 innych osób, w tym K. B. (1). Wskazano, że wyszczególnione roboty (w tym bieżnia 6 torowa z urządzeniami lekkoatletycznymi) zostały wykonane w okresie 08.05.2009 – 19.08.2010. Wskazano, że jakość robót ocenia się jako dobrą, uznaje się roboty za odebrane od (...). W protokole wskazano, że okres gwarancji trwa 36 m-cy tj. do 18.08.2013 r. W tym okresie wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszelkich wad i usterek powstałych z winy wadliwego wykonawstwa. Innych wniosków i zastrzeżeń nie wpisano (k. 24a, 64).

Już w pierwszym roku użytkowania bieżni zaczęły ujawniać się miejsca, gdzie była wyczuwalna miękkość bieżni, powstawały zadolenia. Pierwotnie pojawiła się ona na łuku od strony zachodniej, na torach 6, 5 i połowie 4 - od strony zadaszonych trybun. Z czasem te wady zaczęły się rozszerzać na inne miejsca, także poza sąsiedztwem z trybunami i tam, gdzie tory nie były odśnieżane. (...) było punktowe, a miejsca miękkie miały różną wielkość i nieregularne kształty. Biegający po bieżni skarżyli się, że jest albo miękko, albo twardo. Podejrzewano, że przyczyną tego było niewłaściwe wykonanie warstwy stabilizującej (...). Po wykonaniu odkrywki przez pozwaną spółkę (...) było widać, że rozsypuje się podbudowa bieżni. Od lata 2012 r. było widać, że problem dotyczy wielu miejsc. Ktoś rozpowszechniał informację, że po bieżni jeździł ciężki sprzęt (zeznania H. B., P. G. (1), A. U. (1), Z. S., K. B. (3), D. P. (1)).

Pismem z 13.09.2011 r. skierowanym do Prezesa Zespołu (...) sp. z o.o. dyrektor(...) wskazał na ujawnione usterek m.in. miejscowe zgrubienia oraz zbyt miękkie odcinki na bieżni lekkoatletycznej z adnotacją, że usterka od początku nie została usunięta (k. 67).

W dniu 21.09.2011 r. został sporządzony protokół z przeglądu gwarancyjnego, w którym w pkt 6 stwierdzono: „miękką bieżnią na łukach i ostatnie tory”, a we wnioskach odnośnie do pkt 6 stwierdzono, że Wykonawca zawiadomi wykonawcę bieżni w ciągu 2 tygodni dokona oceny i przyczyny „miękkiej” bieżni (k. 68).

W dniu 28.10.2011 r. doszło do spotkania na S. (z udziałem przedstawiciela (...) sp. z o.o. – J. M. (2) i firmy (...) K. B. – K. B. (3)), dotyczącego usterek na bieżni, z którego sporządzono notatkę. Wynikało z niej, że przedstawiciele użytkownika (...) wskazali miejsca, gdzie stwierdzono różnice w twardości nawierzchni (tory 4-5-6 na prostej startu i mety od ok. 340 m od linii mety), przebarwienia na łuku od strony skarpy (pomiędzy 250 – 300 m od linii mety) oraz odspojenie części naprawionej (na łuku tuż za linią startu) - k. 66. Ustalono, że firma (...) do 10.11.2011 r. wykona odkrywkę nawierzchni bieżni w obecności przedstawicieli wymienionych w notatce firm.

W dniu 14.11.2011 r. główny technolog (...) sp. z o.o. J. W. (1) sporządził raport dotyczący oceny uszkodzeń bieżni stadionu, w którym ujawnił, że w dniu 09.11.2011 r. stwierdził występowanie bardzo elastycznych fragmentów bieżni lekkoatletycznej w części sąsiadującej z trybuną południową. Wskazał, że po dokonaniu odkrywki stwierdził prawidłowość warstwy natryskowej oraz warstwy elastycznej wykonanej z granulatu (...) spojonego klejem PU, natomiast w warstwie podłoża ET stwierdził brak kruszywa (żwiru). Wskazał, że żwir jest luźno rozsypany pod pozostałością ET. We wnioskach stwierdził, że zniszczenie warstwy ET w stwierdzony sposób następuje poprzez poddanie całej nawierzchni sportowej silnym naciskom przewyższającym jej wytrzymałość. W zaleceniach wskazał, że zniszczone fragmenty nawierzchni należy usunąć i ponownie wykonać nawierzchnię zgodnie z zastosowaną poprzednio technologią (k. 65).

W piśmie z 14.11.2011 r. skierowanym do K. B. (stanowiącym odpowiedź na pismo z 09.11.2011) (...) sp. z o.o. wskazała, że uszkodzenie podbudowy żwirowo – gumowej jest mechaniczne oraz, że prawdopodobnie za uszkodzenia odpowiada wykonawca trybuny /sprzęt ciężki na nawierzchni sportowej/. Pozwany ten zaproponował usunąć „na odcinku wzdłuż trybuny na szer. 4 torów i wykonać na nowo na koszt sprawcy uszkodzenia” (k. 70).

W tym czasie Gmina E. monitorowała Lidera Konsorcjum – (...) o przyspieszenie diagnozowania problemu (pismo z 21.11.2011 r. - k. 71). Wskazywała, że dotąd nie zostały pobrane próbki zgodnie z ustaleniami z 28.10.2011 r., a przedstawiciel (...) sp. z o.o. J. W. dokonał odkrywki „w sposób, który nie zapewnia możliwości ustalenia przyczyny

występujących usterek tj. ustalenie stopnia zagęszczenia podłoża, przyczepności próbek do podłoża, czy składu i właściwości fizycznych pobranego materiału nawierzchniowego”.

Pismem z 15.03.2012 r. skierowanym do K. B. powodowa spółka, nawiązując do wizji lokalnej z 09.11.2011 r., wezwała do usunięcia usterki bieżni, wskazując, że wyjaśnienia spółki (...) z 14.11.2011 r. są bezpodstawne. Powód stwierdził, że żaden sprzęt nie przebywał na wykonanej podbudowie bieżni. Wskazał, że na wizji stwierdzono, że dolna warstwa podbudowy jest niezwiązana, luźna, co może świadczyć o błędach w wykonaniu podbudowy; dołączono szkic przekroju dokonanej odkrywki w miejscu usterki. Powód wezwał do przedstawienia do 19.03.2012 r. harmonogramu i sposobu „pilnego wykonania naprawy” wskazując, że brak w tym terminie satysfakcjonującej propozycji spowoduje zastępcze zlecenie naprawy na koszt K. B. (k. 72).

Z kolei K. B. (1) pismem z 19.03.2012 r. skierowanym do Lidera Konsorcjum, powołując się na stanowisko podwykonawcy wniósł o przeprowadzenie ekspertyzy przez niezależną instytucję wskazaną przez Inwestora lub Użytkownika, deklarując pokrycie jej kosztów w przypadku ustalenia, że przyczyną złej jakości fragmentu bieżni jest jej niewłaściwe wykonanie (k. 73).

Odpowiadając na to pismo powód pismem z 21.03.2012 r. wyznaczył pozwanemu K. B. dodatkowy, ostateczny termin przedłożenia harmonogramu i sposobu wykonania naprawy (do 26.03.2012 r.) wskazując, że w przypadku niedotrzymania terminu podejmie działania zmierzające do skutecznej naprawy bieżni, a kosztami obciąży pozwanego K. B. (k. 74).

Z kolei pozwana spółka (...) w piśmie z 22.03.2012 r. skierowanym do K. B. (1) podtrzymując twierdzenia o mechanicznym charakterze uszkodzeń bieżni „już po jej całkowitym wykonaniu i poliniowaniu” stwierdziła, że takie uszkodzenia nie są objęte gwarancją i mogą być usunięte odpłatnie (k. 76).

Pismem z 26.03.2012 r. K. B. (1) poinformował powoda o stanowisku podwykonawcy i mając je na uwadze zwrócił się ponownie o wykonanie ekspertyzy np. przez Instytut (...) w W. (k. 75).

W miesiącach lipiec – sierpień 2012 r. na zlecenie K. B. (1) została wykonana ekspertyza (...) Zakładu (...) w W., po przeprowadzeniu wizji 12.06.2012 r. przy udziale przedstawiciela pozwanego K. B. (k. 77 i nast.). Opiniujące – D. P. (2) i I. G. stwierdziły w niej m.in. występowanie miękkiego odcinka ok. 60 m i szer. 3 m (tor 6,5 i 1/2 4). Nie stwierdzono na tym odcinku śladów uszkodzeń i zarysowań, zagłębień i wytarć. Dokonano odkrywek, w wyniku czego stwierdzono, że podbudowa mineralna jest równa i twarda, bez rozwarstwień i śladów uszkodzeń. Stwierdzono, że pobrane próbki różnią się ilością granulatu (...) i żwiru (w próbce 2 porównywalne z wymaganiem(...)); nadto, że część wyników badań wytrzymałościowych niezgodna jest z wymaganiami dokumentów odniesienia oraz, że w/w fragment bieżni należy usunąć i wymienić na zgodny z zaleceniami producenta systemów.

Po sporządzeniu ekspertyzy pozwana spółka (...) w piśmie do K. B. (1) z 04.09.2012 r. podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko i zgłosiła zastrzeżenia do sposobu pobrania próbek i badań przeprowadzonych przez Instytut (k. 90).

W dniu 19.09.2012 r. doszło do spotkania przedstawicieli wszystkich stron w E. i zawarcia porozumienia w sprawie podziału kosztów naprawy bieżni, w którym wskazując na dwa możliwe sposoby naprawy, strony porozumienia ustaliły, że naprawy dokona pozwana spółka (...), a koszt naprawy, bez względu na przyjęty sposób naprawy, każda ze stron poniesie w wysokości 1/3. Pozwany (...) zobowiązał się zwrócić K. B. 1/2 kosztów ekspertyzy, a powód zobowiązał się zagospodarować odpady powstałe w trakcie naprawy. Deklarowana naprawa miała dotyczyć ok. 180 m<sup>2</sup> powierzchni bieżni (k. 91).

Jest bezsporne, że do naprawy nie doszło. Przedstawiciel spółki (...) rozpoczął nastrzykiwanie bieżni, a na taki sposób naprawy nie zgodziła się Gmina M. E. powołując się na postępujące ujawnianie się wad bieżni na innych jej odcinkach. Pismem z 09.10.2012 r. poinformowała powoda o zamiarze przystąpienia do usuwania usterek i zwróciła się o oddelegowanie przedstawiciela na spotkanie w dniu 18.10.2012 r. (k. 95).

Pismem z 11.10.2012 r. K. B. zwrócił się do spółki (...) o pilne przystąpienie do realizacji ustaleń przyjętych na spotkaniu u Prezydenta miasta w dniu 19.09.2012 r. Wskazał, że brak działań naprawczych spowoduje wykonanie zastępcze napraw bieżni przez inwestora i obciążenie tymi kosztami wykonawców oraz wezwał do przybycia na spotkanie 18.10.2012 r. (k. 96).

W dniu 18.10.2012 r. , przy udziale przedstawicieli wykonawcy: W. Ł., T. Ł. (2) i K. B. (3), został sporządzony protokół w sprawie przeglądu gwarancyjnego (k. 99, także k. 173). Po dokonaniu przeglądu obiektu, gdy chodzi o bieżnię, stwierdzono postępujące wymiękanie nawierzchni poliuretanowej, zastoiny wody, tąpnięcie (zapadnięcie bieżni na ok. 1 cm) na 91 m. Wykonawca oświadczył, że naprawi usterki wiosną przy sprzyjających warunkach atmosferycznych. Inwestor oświadczył, że dokona ekspertyzy bieżni od strony ul. (...) w celu określenia poprawności wykonania. Przedstawiciel powoda podpisał protokół z uwagami zawartymi w załączniku (k. 100). Odnośnie usterek bieżni oświadczył, że naprawa dokonana będzie zgodnie z pismem firmy (...), nastąpi metodą natryskową w miejscach zinwentaryzowanych wspólnie przez Wykonawcę i Użytkownika.

Pismem z 06.11.2012 r. Inwestor poinformował powodową spółkę (...), że naprawa przez nastrzykiwanie nie przyniesie poprawy wytrzymałości na rozciąganie warstwy stabilizującej mineralno-gumowej, które jest obciążeniem podstawowym w bieżniach lekkoatletycznych, gdyż według ekspertyzy nr (...) parametr ten został zachowany jedynie w ok. 25 % w stosunku do wymaganego. Wskazał, że wyczuwalna miękkość jest spowodowana niewłaściwą proporcją żwiru do granulatu (...), co kwalifikuje nawierzchnię do wymiany na zgodną z zaleceniami producenta. Wskazano też, że parametr przyczepności międzywarstwowej jest spełniony w 23 % w stosunku do wymaganego (k. 169).

Pismem z 08.11.2012 r. skierowanym do pozwanego K. B. pozwana spółka (...) wskazała, m.in., że podkład elastyczny nie jest częścią nawierzchni sportowej tylko częścią podbudowy i nie jest rozciągany w trakcie eksploatacji tylko ściskany. Wskazała, że zaproponowana metoda wstrzykiwania lepiszcza do uszkodzonej warstwy podkładu powinna ustabilizować uszkodzoną warstwę ET i spowodować, że jej twardość będzie taka sama jak w miejscach nie uszkodzonych. Co do ekspertyzy Instytutu (...) nie zmieniła stanowiska z pisma z 04.09.2012 r. (k. 90) i utrzymywała, że nawierzchnia sportowa nie wymaga naprawy ani wymiany, a podbudowę może naprawić odpłatnie po otrzymaniu zlecenia (k. 175).

Pismem z 11.12.2012 r. Gmina M. E. poinformowała K. B., że jej zdaniem naprawa przez „wstrzykiwanie samego lepiszcza do warstwy podbudowy mineralno – gumowej jest nieprawidłowa” i podtrzymała stanowisko, że wyczuwalne miękkości na bieżni są skutkiem nieprawidłowo wykonanej warstwy podbudowy. Wskazała, że dokona sprawdzenia parametrów poszczególnych warstw na całości bieżni i zdecyduje o sposobie naprawy (k. 97).

Po zapoznaniu się z pismem Gminy z 11.12.2012 r. spółka (...) pismem z 21.12.2012 r. skierowanym do K. B. podtrzymała swoje stanowisko, że wyczuwalna miękkość warstwy ET powstała na skutek jej mechanicznego zmiażdżenia oraz stanowisko z pisma z 08.11.2012 r. (k. 176). Pismem z 31.12.2012 r. K. B. przekazał stanowisko bezpośredniego wykonawcy Inwestorowi (k. 177).

Na zlecenie, tym razem Inwestora, w maju 2013 r. została opracowana kolejna ekspertyza (...) w W., po przeprowadzeniu wizji 26.04.2013 r. przy udziale przedstawicieli Inwestora i Użytkownika, także powoda i pozwanego K. B. (k. 82). Przed jej wykonaniem pobrano 5 próbek nawierzchni o wym. 40:40 cm, wraz z warstwą stabilizującą (...), z których cztery były „miękkie”, a jedna z miejsca o wyraźnie większej twardości. Stwierdzono w niej, że wyniki badań warstwy stabilizującej (...) w zakresie wytrzymałości na rozciąganie i przyczepności międzywarstwowej są bardzo niskie, nawet przy uwzględnieniu faktu naturalnego starzenia się materiału i kilkuletniej eksploatacji. Zdaniem autorów ekspertyzy osłabienie tej warstwy może być spowodowane kilkoma czynnikami: przygotowaniem masy z zastosowaniem żwiru o zmniejszonej frakcji skutkujące niedostatecznym związaniem się całej mieszaniny, przygotowaniem masy ze zbyt małą ilością lepiszcza poliuretanowego, instalacją masy żwirowo-gumowej w warunkach zwiększonej wilgotności. Wskazano, że dwa pierwsze czynniki powodują, że w rezultacie otrzymuje się miękką, luźną i rozsypującą się strukturę. Natomiast czynnik trzeci sprzyja zbyt szybkiemu sieciowaniu kleju poliuretanowego w mieszaninie żwirowo-gumowej i skutkuje powstaniem twardej warstwy, która z czasem

kruszeje. W jej wnioskach znalazło się stwierdzenie, że obecny stan techniczny warstwy stabilizującej nie gwarantuje dalszego bezawaryjnego użytkowania nawierzchni bieżni i należy spodziewać się dalszego zwiększania się liczby miejsc miękkich.

Po sporządzeniu tej ekspertyzy, pełnomocnik pozwanego K. B. w piśmie z 09.06.2013 r. skierowanym do powodowej spółki wskazał, że Zamawiający nie jest uprawniony do dochodzenia roszczeń gwarancyjnych. Podniósł, że 28.10.2009 r. nastąpił odbiór, okres gwarancji upłynął 28.10.2012 r., a w okresie gwarancji wady ujawniły się tylko w okolicach trybun. Wskazał również, że Zamawiający uniemożliwił naprawę powołując się bezpodstawnie na nieskuteczność proponowanego sposobu naprawy. Dopiero po okresie gwarancji zażądał wymiany warstwy stabilizującej (...) na całej powierzchni oraz odtworzenia pozostałych warstw bieżni (k. 178).

Pozwany (...) sp. z o.o. pismem z 07.06.2013 r. podważał wnioski końcowe ekspertyzy, w związku z czym powód pismem z 17.06.2013 r. zwrócił się do Gminy o uzupełnienie ekspertyzy, w tym, co do możliwości uszkodzenia warstwy stabilizującej poprzez „obciążenia od sprzętu, w tym odśnieżającego” (k. 88). W związku z powyższym, zostało uzyskane uzupełniające stanowisko (...) (pismo z 26.06.2013 r. - k. 89) w którym, ze względu na nieregularność występowania miejsc o zmniejszonej lokalnie twardości oraz ich różne rozmiary wykluczono uszkodzenie warstwy stabilizującej wskutek obciążeń wynikających z użytkowania sprzętu odśnieżającego oraz samego faktu odśnieżania. Nadto, nie zostało potwierdzone stanowisko podwykonawcy w zakresie wpływu granulacji żwiru na parametry wytrzymałościowe, ze wskazaniem, że wykonanie tej warstwy powinno odbyć się ściśle wg wskazań producenta, a wszelkie odstępstwa od receptury bez wiedzy i zgody producenta są niedopuszczalne.

Pismem z 01.07.2013 r. skierowanym do pozwanego K. B. Lider Konsorcjum przesłał mu stanowisko Zespołu (...) z 01.07.2013 r. wraz z odpowiedzią (...) i zwrócił się o pilne spotkanie celem ustalenia sposobu dalszego postępowania (k. 179).

Pozwana spółka (...) uzyskała 10.07.2013 informację (...) dotyczącą wykonania warstwy ET na bazie żwiru o granulacji 2-4 mm zamiast 4-6 mm, z której wynikało, że użyta drobniejsza granulacja żwiru nie ma istotnego wpływu na zmianę parametrów wytrzymałościowych gotowej warstwy ET pod warunkiem zachowania właściwych proporcji poszczególnych składników tzn. gumy, żwiru i przede wszystkim kleju (k. 312).

Pismem z 11.07.2013 r. powód skierował do pozwanego K. B. wezwanie do naprawy bieżni przez wymianę nawierzchni poliuretanowej wraz z warstwą stabilizującą na całej powierzchni bieżni i rzutni stadionu w terminie do 31.10.2013 r. Na wypadek nie rozpoczęcia prac do 01.08.2013 r. powód oświadczył, że naprawę wykona we własnym zakresie na koszt K. B. oraz, że skorzysta z posiadanego zabezpieczenia tj. gwarancji należytego wykonania umowy (k. 98). W odpowiedzi na to pismo pełnomocnik pozwanego K. B. pismem z 15.07.2013 r. wskazał, że w jego ocenie roszczenia gwarancyjne uległy przedawnieniu. Zadeklarował przelanie na rzecz Lidera Konsorcjum uprawnienia z gwarancji udzielonej przez spółkę (...) (k. 180). Natomiast pismem z 15.07.2013 r. wezwał spółkę (...) do rozpoczęcia prac naprawczych w terminie do 19.07.2013 r. i przedstawienia w tym terminie harmonogramu prac. Wskazał, że podwykonawca wyszukuje co raz to nowe powody niepodjęcia naprawy i zagroził, że nie będzie dłużej oczekiwał na podjęcie prac przez (...), a po bezskutecznym upływie terminu dokona napraw we własnym zakresie bądź dokona ich Lider Konsorcjum, obciążając nimi podwykonawcę po uprzednim przelaniu roszczeń gwarancyjnych na jego rzecz przez Zamawiającego (k. 181).

Pismem z 12.08.2013 r. powód przesłał pozwanemu K. B. projekt porozumienia z Gminą M. E. oraz 3 oferty wykonawców bieżni (w tym firmy (...)) oraz zwrócił się o ich analizę i zajęcie stanowiska co do najkorzystniejszej oferty w terminie 5 dni (k. 101).

Do porozumienia Lidera Konsorcjum z Gminą doszło 20.08.2013 r. Określono w nim zakres wymiany bieżni (ok. 3624 m<sup>2</sup>) i przedłużenie gwarancji (k. 103, 183). Natomiast w dniu 28.08.2013 r. powód zawarł umowę z (...) sp. z o.o. w W., której przedmiotem było ułożenie nawierzchni poliuretanowej o łącznej pow. 3 624 m. kw. wraz z malowaniem

linii za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 572 592 zł plus VAT (k. 49). Pismem z 05.09.2013 r. powodowa spółka poinformowała K. B. o zawarciu umowy z (...) sp. z o.o. w W. (k. 102).

Przy rozbiórce wadliwej nawierzchni było widać, że nie ma powiązania kruszywa z granulatem gumowym. Struktura granulatu gumowego i kruszywa była luźna. Z warstwy dolnej ET podczas wycinania kawałków wysypało się kruszywo. Nadto, kruszywo było innej frakcji (2 mm), niż zalecana w karcie technicznej. Nowa nawierzchnia została położona na starej podbudowie mineralnej. Podbudowa kruszywowa była twarda, jedynie miejscami trzeba było ją wyrównać, aby kolejne warstwy nie były różnych grubości (zeznania P. K. w dniu 17.04.2014 r., zeznania W. Ł.).

Jeszcze przed rozpoczęciem prac naprawczych pismem z 29.08.2013 r. powód zaprosił pozwanych na wspólne oględziny i komisyjne pobranie próbek w dniu 05.09.2013 r. (k. 105).

Pismem z 04.09.2013 r. skierowanym do powoda i do K. B. spółka (...) po raz kolejny zakwestionowała ekspertyzę (...) i podtrzymała swoje stanowisko m.in. przedstawione w pismach z 04.09.2012 r. i 22.09.2013 r. kierowanych do K. B.. Proponowała dokonanie oględzin i oznaczenie miejsc, w których nawierzchnia jest uszkodzona, pobranie próbek z powierzchni uszkodzonej i właściwej z zabezpieczeniem kilku dla celów ewentualnego postępowania sądowego oraz wyjaśnienie sposobu naprawy nawierzchni poprzez wymianę uszkodzonych fragmentów. Jednocześnie prosiła o informację o wyniku przeprowadzonych oględzin i zapadłych ustaleniach (k. 106).

Pismem z 10.11.2013 r. skierowanym do Lidera Konsorcjum pełnomocnik pozwanego K. B. wskazywał, że ewentualne wady ujawniły się po okresie gwarancji i skoro Lider podjął się wykonania zobowiązania bez zgody Partnera to sam powinien ponosić koszt. Jednocześnie wskazał, że przygotował przelew roszczeń i deklaruje pomoc w ich dochodzeniu podnosząc, że podwykonawca udzielił gwarancji od daty odbioru całej inwestycji (k. 185).

Na wniosek powoda w sprawie I Co 1149/13 Sądu Rejonowego w Elku w dniu 24.09.2013 zostało wydane postanowienie o zabezpieczeniu dowodu przez pobranie próbek z bieżni (k. 134). Został sporządzony protokół z oględzin Sądu z 04.10.2013 r. (k. 135), na które stawili się przedstawiciele powoda i pozwany K. B.. Od pozwanego (...) sp. z o.o. nikt się nie stawił pomimo zawiadomienia o terminie pobrania próbek. Każda z obecnych stron wskazała po dwa miejsca pobrania próbek, nadto obecni postanowili pobrać dodatkową próbkę z uwagi na niestawiennictwo wszystkich zainteresowanych. W sumie pobrano 9 próbek, które zostały zafoliowane i przekazane do depozytu sądowego. Przy wyciąganiu jednej z próbek – nr 6 – przy niewielkiej sile, nastąpiło rozwarstwienie warstwy stabilizującej mineralno – gumowej od warstwy elastycznej. Po wycięciu dokonano pomiaru grubości próbek uzyskując różne wyniki tj. od 40,42 mm do 67,02 mm. Przy próbce nr 4, której grubość znacznie odbiegała od pozostałych próbek dokonano pomiarów każdego boku uzyskując wyniki: 55,63, 63,22, 67,02, 62,15 mm. Miejsca pobrania próbek biegły sądowy zilustrował na szkicu (k. 137 – opinia biegłego Z. i k. 150 - szkic).

Pismem z 07.10.2013 r. powód (...) poinformował K. B., że wobec stwierdzenia w czasie pobrania próbek, że warstwa poliuretanu ułożona na podbudowie stabilizującej mineralno – gumowej została wykonana w grubości od 5 do 15 mm, podczas, gdy zgodnie z projektem i specyfikacją techniczną powinna mieć grubość 14 mm skorzysta z przysługujących środków prawnych (k. 108).

W dniu 11.10.2013 r. powód poinformował K. B. o rozbiórce nawierzchni i określił termin do 14.10.2013 r. do wydania dyspozycji odnośnie do materiału rozbiórkowego (k. 109). Z kolei pismem z 14.10.2013 r. zwrócił się do K. B. o podjęcie ustaleń dotyczących warstwy podbudowy kruszywowej z uwagi na występujące odchyłki wymiarowe od wymaganej wysokości tej podbudowy (k. 110). W dniu 15.10.2013 r. powód i pozwany K. B. uzgodnili, że naprawę podbudowy kruszywowej – w miejscach wskazanych w załączniku nr 1 do protokołu uzgodnień – wykona Lider Konsorcjum (k. 111).

W dniu 14.11.2013 r. powód i pozwany K. B. zawarli „Umowę przelewu praw z tytułu gwarancji i rękojmi za wady na zabezpieczenie roszczeń z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej za nienależyte wykonanie zobowiązania” (k. 92). W § 2 K. B. (1) (cedent) przełał na powodową Spółkę (cesjonariusza) wszelkie uprawnienia wynikające z udzielonej przez (...) sp. z o.o. w Z. gwarancji, w szczególności uprawnienie do wykonania na koszt podwykonawcy prac

naprawczych związanych z ujawnionymi wadami bieżni lekkoatletycznej, wszelkie uprawnienia z rękojmi z tym związane oraz wszelkie roszczenia odszkodowawcze przysługujące lub mogące przysługiwać cedentowi względem podwykonawcy. W § 3 ust. 2 strony ustaliły, że cesjonariusz będzie legitymowany i zobowiązany do dochodzenia od podwykonawcy roszczeń z tytułu dokonanych napraw gwarancyjnych.

W dniu 12.12.2013 r. został sporządzony protokół odbioru usuniętych usterek, z którego wynika, że usunięcia usterek dokonano poprzez zdjęcie starej nawierzchni do podbudowy kruszywowej oraz wykonanie nowej nawierzchni poliuretanowej na podbudowie elastycznej typu ET wraz z miejscowymi naprawami wierzchniej warstwy podbudowy kruszywowej (k. 112).

Po wykonaniu prac spółka (...) wystawiła fakturę VAT z 12.12.2013 r. na 572 592 netto (704 288,16 brutto) obejmującą również wynagrodzenie wcześniej otrzymane tj. 61 500 zł brutto (k. 113). Powód przelewami opłacił tę fakturę w całości (k. 276 – 279).

Powód poniósł też inne koszty, które obrazują dołączone do akt faktury i zestawienia, w tym koszty zerwania nawierzchni, zagospodarowania odpadów, wynajmu sprzętu i użycia sprzętu własnego, wynagrodzenia pracowników – w łącznej wysokości 33 303,21 zł netto (k. 115, 127, 128, 281, 283, 285, 116 – 122, 123 - 125, 129 – 130, 290).

Przechodząc do oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Apelacyjny za uzasadnione uznał zarzuty naruszenia prawa materialnego sformułowane w pkt 2 a) i 2c) apelacji.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii ewentualnego przedawnienia roszczenia powoda. Sąd Okręgowy skwitował kwestię przedawnienia jednym zdaniem w końcowej części pisemnych motywów wyroku wskazując, że roszczenie powoda, nawet gdyby zostało wykazane, to i tak byłoby przedawnione „ze wskazanych wcześniej przyczyn”. We wcześniejszych fragmentach uzasadnienia wprost przyczyny ewentualnego przedawnienia nie zostały omówione. Analizując jego treść można jedynie przypuszczać, że chodzi o ten fragment, który dotyczy skuteczności umowy cesji (str. 8 uzasadnienia), a w którym stwierdzono, że w chwili zawarcia umowy cesji (14.11.2013 r.) „wobec pozwanego ad.1 wygasły uprawnienia gwarancyjne wynikające z umowy (...)”, a który to wniosek został powiązany z przyjęciem przez Sąd Okręgowy, że odbiór robót nastąpił 28.10.2009 r. i od tej daty należy liczyć bieg terminu udzielonej przez pozwaną spółkę (...) 37- miesięcznej gwarancji. Stanowiska takiego nie sposób podzielić.

Trzeba przy tym mieć na uwadze, że podstaw odpowiedzialności K. B. (1) powód dopatruje się w łączącej oba podmioty umowie Konsorcjum z 13 lutego 2009 r. zawartej w związku z późniejszą umową z Gminą M. E. z 30 marca 2009 r. W tej pierwszej strony porozumiały się, że bieżnię wykona K. B. ponosząc koszty wykonania swego zakresu działania. W § 4 ust. 4 strony Konsorcjum ustaliły, że będą ponosić solidarną odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przy czym w przypadku roszczeń „nastąpi regres w stosunku do tego uczestnika Konsorcjum, w którego zakresie były roboty niewykonane lub nienależycie wykonane”. Z kolei w umowie z 30 marca 2009 r. powód i pozwany K. B., jako Konsorcjum, udzielili Zamawiającemu gwarancji na przedmiot umowy na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego robót poszczególnego zadania i zobowiązując się do usunięcia na własny koszt wad powstałych z ich winy i ujawnionych w okresie gwarancji oraz dając Zamawiającemu – w przypadku nieusunięcia wad w uzgodnionym terminie lub nie stawienia się na przegląd gwarancyjny – prawo do usunięcia wad we własnym zakresie i obciążenia kosztami Wykonawcy (§ 5 ust. 1 – 3). Na podstawie przedłożonej korespondencji, dokumentów prywatnych i zeznań świadków zostało ustalone ponad wszelką wątpliwość, że wady bieżni ujawniały się sukcesywnie poczynając od 2011 r. do końca lata 2013 r., a powód i pozwani byli zawiadamiani o ich postępującym ujawnianiu się. Pozwany K. B. był wzywany przez powoda do ich usunięcia, a także sam zawiadamiał o wadach swego podwykonawcę i wreszcie pismem z 15.07.2013 r. wzywał go do rozpoczęcia prac naprawczych w terminie do 19.07.2013 r. Wobec przedstawienia w sprawie dwóch protokołów odbioru i sporu, kiedy faktycznie miał miejsce odbiór końcowy zadania I, w ramach którego była wykonywana bieżnia, na podstawie przedłożonego materiału dowodowego należało ustalić odmiennie, niż Sąd pierwszej instancji, że końcowy odbiór zadania obejmującego m.in. wykonanie bieżni nastąpił w dniu 19 sierpnia 2010 r. Co istotne, w protokole odbioru z tej daty wskazano, że okres gwarancji trwa do 18.08.2013 r. Pozwany K. B. był obecny przy odbiorze i podpisał protokół,

więc późniejsze jego twierdzenie, że gwarancja biegła od daty protokołu z 28.10.2009 r. nie mogło być potraktowane jako miarodajne, zwłaszcza, że zgłosił gotowość do odbioru tego zadania w lipcu 2010, a nadto dopiero w lipcu 2010 r. otrzymał dokument gwarancji od podwykonawcy, w którym jako datę przekazania obiektu do użytku wskazano dzień 23.07.2010 r. W tych okolicznościach wiarygodna była wersja powoda, że w październiku 2009 r. bieżnia nie została jeszcze ostatecznie odebrana, a sporządzony protokół miał służyć przede wszystkim „zafakturowaniu robót” i do rozliczeń związanych z finansowaniem inwestycji Gminy. Faktem jest, że w dacie jego sporządzenia stwierdzono konieczność zamalowania istniejących linii i wymalowania na nowo we właściwym miejscu, oraz zamalowania na biało linii żółtych.

Jeżeli – tak jak w tej sprawie – przepis szczególny nie stanowi inaczej, okres przedawnienia dla roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej wynosi 3 lata (art. 118 k.c.). Nadto, umowny charakter gwarancji uzasadnia przyjęcie, że ten kto jej udziela ponosi umowną odpowiedzialność, na podstawie art. 471 k.c. także odszkodowawczą, za uszczerbek, który jest skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań gwarancyjnych. Pozostawiając na razie na uboczu kwestię wykazania przesłanek takiej odpowiedzialności, należy stwierdzić, że termin przedawnienia roszczeń gwarancyjnych wynosi 3 lata od momentu ujawnienia wady. Jeżeli wada ujawniła się w okresie gwarancji, to może zdarzyć się, tak jak w tej sprawie, że świadczenia gwarancyjne lub odszkodowawcze będą dochodzone po upływie okresu gwarancyjnego i nie mogą być uznane za przedawnione przed upływem 3 lat od ujawnienia wady. Istotą gwarancji jest bowiem to, że dopiero spełnienie się niezbędnej przesłanki odpowiedzialności gwarancyjnej (ujawnienia się wady przed upływem gwarancji) otwiera uprawnionemu z gwarancji określone uprawnienia i roszczenia oraz uruchamia obowiązki gwarancyjne dającego gwarancję, które istnieją dopóty, dopóki cel gwarancji nie zostanie osiągnięty, a przedawniają się dopiero po upływie okresu przedawnienia liczonego od ujawnienia się wady. Nie jest logiczne i uprawnione przyjęcie takiego stanowiska, że okres przedawnienia roszczeń wynikających z gwarancji kończy swój bieg z chwilą zakończenia okresu gwarancyjnego, bo pozbawiałoby to uprawnionego realnej możliwości ochrony prawnej w przypadku wad, które ujawniły się w końcowym okresie gwarancji, a których dający gwarancję nie usunął dobrowolnie.

W tej sprawie powód, jako udzielający razem z K. B. gwarancji, usunął wady, które niewątpliwie ujawniły się w okresie obowiązywania umowy Konsorcjum (która została zawarta na czas przygotowania wspólnej oferty, wykonania przez strony robót wynikających z umowy zawartej z Zamawiającym oraz na okres obowiązywania gwarancji oraz rękojmi na przedmiot umowy - § 4 ust. 2) oraz w okresie gwarancji (która obowiązywała do 18.08.2013 r. – protokół k. 24a, 64), przed upływem okresu przedawnienia uprawnień i roszczeń Zamawiającego (co nastąpiłoby, biorąc pod uwagę moment ujawnienia wad: jesienią 2014 r. (wady ujawnione w czasie przeglądu gwarancyjnego w 2011 r.) i latem 2016 r. (wady ujawnione do lata 2013 r.) i co istotne, z pozwem wystąpił w dniu 23.01.2014 r., zatem niewątpliwie przed upływem okresu przedawnienia. Jego roszczenie w stosunku do pozwanego K. B. wywodzone jest z umowy Konsorcjum, jako roszczenie regresowe w stosunku do tego uczestnika Konsorcjum, w którego zakresie były roboty objęte gwarancją, a zgodnie z art. 120 § 1 k.c. bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. Umowa konsorcjum obowiązywała do końca okresu gwarancji, więc do 18.08.2013 r. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. Regresowe roszczenie powoda jest powiązane z poniesieniem kosztów usunięcia wad bieżni, co nastąpiło w grudniu 2013 r. i przed wystąpieniem z pozwem (23.01.2014 r.) niewątpliwie nie mogło ulec trzyletniemu przedawnieniu.

Gdy chodzi o kolei o ewentualne przedawnienie roszczenia w stosunku do pozwanej spółki (...), to powód wskazuje na dwie podstawy jej odpowiedzialności: deliktową i kontraktową. W ocenie Sądu Apelacyjnego, przy założeniu że spełnione są przesłanki odpowiedzialności w obu reżimach (o czym bliżej będzie mowa w dalszych rozważaniach po wyjaśnieniu zarzutu przedawnienia) do przedawnienia roszczeń nie doszło.

Przy odpowiedzialności deliktowej termin przedawnienia należy liczyć według przepisu art. 442<sup>1</sup> k.c. Najkrótszy z terminów – wynosi trzy lata, a jego początek liczony jest od dowiedzenia się o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia. W tym przypadku, w ocenie Sądu, zasadne byłoby ewentualne wiązanie początku biegu terminu

przedawnienia z uzyskaniem pierwszej ekspertyzy (...) (tj. VII – VIII 2012 r.), w której wskazano na przyczynę wadliwości bieżni leżącą po stronie pozwanego (...) i stwierdzono, że część wyników badań wytrzymałościowych niezgodna jest z wymaganiami dokumentów odniesienia. Zatem 3 – letni termin przedawnienia nie upłynął przed wniesieniem pozwu. Termin 10 – letni również nie upłynął niezależnie od tego, czy za datę deliktu (tj. zdarzenia wywołującego szkodę, wadliwego wykonania bieżni, niezgodnie z dokumentami odniesienia i normami) przyjmie się dzień sporządzenia protokołu odbioru z 2009 r., czy z 2010 r..

Powód swoje roszczenie wobec spółki (...) wywodził również z cesji praw z tytułu rękojmi i gwarancji przysługujących K. B. wobec tej Spółki, którego roszczenia i uprawnienia wynikały z umowy z 2 kwietnia 2009 r. W umowie tej pozwana Spółka udzieliła gwarancji K. B. na okres 37 miesięcy od dnia sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót (sporządzonego między stronami umowy), zobowiązując się do usuwania wszelkich wad, które w tym okresie ujawnią się w robotach w terminie 14 dni oraz dając K. B. – w przypadku nieusunięcia wad w terminie wskazanym przez Zamawiającego (tu: K. B.) – prawo do usunięcia wad we własnym zakresie na koszt Wykonawcy (tj. spółki (...)) – § 8 umowy. W sprawie nie przedłożono protokołu końcowego odbioru robót sporządzonego pomiędzy tymi podmiotami według zasad określonych w § 5 umowy, a według świadka A. K. protokół taki nie został faktycznie sporządzony (zeznania 25.09.2014 r., znacznik czasu 00:43:11). Nie ulega natomiast wątpliwości, że pozwana spółka (...) dopiero w lipcu 2010 r. wydała pozwanemu K. B. dokument gwarancyjny, w którym jako datę przekazania bieżni do użytku wskazano dzień 23 lipca 2010 r. i potwierdzono 37 miesięczną gwarancję. Jak już wyżej wskazano, na podstawie przedłożonej korespondencji, dokumentów prywatnych i zeznań świadków zostało ustalone ponad wszelką wątpliwość, że wady ujawniały się poczynając od jesieni 2011 r. do lata 2013 r. i pozwana (...) sp. z o.o. była o nich zawiadamiana, wzywana do ich usunięcia, ostatnio pismem z 15.07.2013 r., w którym K. B. wezwał do rozpoczęcia prac naprawczych w terminie do 19.07.2013 r. Wskazał, w nim, że po bezskutecznym upływie terminu dokona napraw we własnym zakresie bądź dokona ich Lider Konsorcjum, obciążając nimi podwykonawcę po uprzednim przelaniu roszczeń gwarancyjnych na jego rzecz przez Zamawiającego tj. K. B. (k. 181).

W tych okolicznościach, brak było podstaw do oceny, że okres gwarancji w relacji między pozwanymi biegł od dnia 28.10.2009 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego, należało go liczyć od wydania karty gwarancyjnej i wskazanej w niej daty przekazania bieżni podwykonawcy tj. 23 lipca 2010 r. Wobec powyższego nie ma wątpliwości, że wady, ujawniły się przed jego upływem, a wszelkie wyniki stąd uprawnienia i roszczenia K. B. (od którego swoje roszczenie wywodzi powód), nie mogły przedawnić się wcześniej, niż przed upływem 3 lat od ich ujawnienia.

Z tego względu nie można podzielić także oceny skuteczności przelewu wierzytelności, którą wyraził Sąd pierwszej instancji.

Należy mieć przy tym na względzie, że przepisy dotyczące przelewu wierzytelności (art. 509 i nast. k.c.) nie wymagają aby wierzytelność będąca przedmiotem cesji była ściśle (kwotowo) określona w umowie przelewu. Wystarczające jest takie jej określenie aby dłużnik był zorientowany, po zgłoszeniu roszczenia przez cesjonariusza, jakie roszczenie winien spełnić celem zaspokojenia wierzytelności. Jeżeli w umowie przelewu określono z jakiego stosunku prawnego ma wynikać wierzytelność, a zatem oznaczono jego strony, świadczenia oraz przedmiot świadczenia można ją uznać za w dostateczny sposób oznaczoną (zindywidualizowaną). Należy przy tym mieć na uwadze, że w umowie przelewu z 14.11.2013 r., w § 2 K. B. (1) (cedent) przelał na powodową Spółkę (cesjonariusza) wszelkie uprawnienia wynikające z udzielonej przez (...) sp. z o.o. w Z. gwarancji, w szczególności uprawnienie do wykonania na koszt podwykonawcy prac naprawczych związanych z ujawnionymi wadami bieżni lekkoatletycznej, wszelkie uprawnienia z rękojmi z tym związane oraz wszelkie roszczenia odszkodowawcze przysługujące lub mogące przysługiwać cedentowi względem podwykonawcy. W § 3 ust. 2 strony ustaliły, że cesjonariusz będzie legitymowany i zobowiązany do dochodzenia od podwykonawcy roszczeń z tytułu dokonanych napraw gwarancyjnych. Jednocześnie, i zgodnie z § 3 ust. 5 umowy, w dniu jej zawarcia wydał powodowi otrzymany od pozwanej spółki (...) dokument gwarancji.

W razie cesji wierzytelności na nabywcę przechodzi ogół uprawnień przysługujących dotychczasowemu wierzycielowi, wszystkie właściwości, przywileje i braki, a więc ustawodawca zakłada identyczność sytuacji cesjonariusza z sytuacją cedenta. Stosownie do art. 509 § 1 k.c., wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę



trzecią (przelew), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Przedmiotem przelewu mogą być zarówno wierzytelności istniejące, rozumiane jako uprawnienie do żądania od dłużnika określonego świadczenia, jak i przyszłe, w szczególności wynikające z częściowo już zrealizowanego stanu faktycznego, które można ujmować w kategoriach ekspektatywy. Co do tych ostatnich podkreśla się, że ich powstanie jest kwestią przyszłości, a przedmiotem przelewu jest w istocie prawo podmiotowe, co nie wyklucza możliwości przelewu. Podkreśla się także, że wierzytelność przyszła wskazana w umowie przelewu wierzytelności, zostaje przeniesiona skutecznie na cesjonariusza dopiero z chwilą jej powstania. Odnosi się to także do wierzytelności z tytułu zwrotu kosztów zastępczego wykonania obowiązków gwarancyjnych.

W tym kontekście przelew w dniu 14.11.2013 r. przez K. B. na powodową spółkę praw z tytułu gwarancji i rękojmi za wady udzielonej mu przez pozwaną spółkę (...) był ważny oraz skuteczny i z jednej strony skutkowało przelaniem na powoda uprawnienia do wykonania naprawy gwarancyjnej na koszt dłużnika, z drugiej z chwilą jej dokonania zmaterializowała się bezpośrednio w majątku powoda, wierzytelność z tytułu szkody (wynikająca z roszczenia o zwrot kosztów naprawy).

Działanie powoda polegające na naprawie bieżni miało zatem w tych złożonych stosunkach prawnych dwie przyczyny. Po pierwsze, powódka wykonując naprawę bieżni, wykonywała własne zobowiązanie wynikające z gwarancji udzielonej Inwestorowi jako członek Konsorcjum. Zgodnie z umową Konsorcjum przyjęła odpowiedzialność solidarną z K. B. za wady wykonanych robót. W przypadku niewykonania naprawy gwarancyjnej narażała się na jej zastępcze wykonanie przez Inwestora. Wykonując naprawę wywiązała się ze swego własnego zobowiązania wobec Inwestora i jednocześnie wykonała zobowiązanie gwarancyjne pozwanego K. B.. Ponosząc koszty naprawy powódka nabyła roszczenie regresowe w stosunku do K. B., ponieważ wykonanie bieżni należało do jego obowiązków (§ 4 ust. 4 umowy Konsorcjum).

Po drugie, niezależnie od tego, wykonanie przez powódkę naprawy bieżni znalazło uzasadnienie w umowie przelewu zawartej z K. B. i przekazaniu przez tegoż powódce dokumentu gwarancji. O czym była mowa wyżej, w § 2 umowy przelewu K. B. (1) (cedent) przelał na powodową Spółkę (cesjonariusza) wszelkie uprawnienia wynikające z udzielonej przez (...) sp. z o.o. w Z. gwarancji, w szczególności uprawnienie do wykonania na koszt podwykonawcy prac naprawczych związanych z ujawnionymi wadami bieżni lekkoatletycznej, wszelkie uprawnienia z rękojmi z tym związane oraz wszelkie roszczenia odszkodowawcze przysługujące lub mogące przysługiwać cedentowi względem podwykonawcy. Co istotne, pozwany K. B. wzywając pozwaną spółkę do rozpoczęcia prac naprawczych w lipcu 2013 r. informował ją, że w przypadku bezczynności wykona je we własnym zakresie lub poprzez Lidera Konsorcjum, po przelaniu na tegoż swoich „roszczeń gwarancyjnych”.

Nie było też żadnych przeszkód prawnych, by uprawnienie do zastępczego naprawienia bieżni na koszt gwaranta zostało przelane skutecznie przez pozwanego K. B. na powodową spółkę w czasie, gdy ta rozpoczęła już wykonywanie napraw gwarancyjnych wykonując swoje własne obowiązki gwarancyjne. Miało to tylko takie znaczenie, że od tej pory tj. od dokonania przelewu wykonywanie naprawy uzyskało dwójaki charakter tj., było zarówno wykonaniem własnego obowiązku gwarancyjnego konsorcjantów, jak i zastępczym wykonaniem obowiązku gwarancyjnego podwykonawcy K. B..

W tym miejscu należy wskazać, że nie był zasadny zarzut pozwanej spółki (...), że powód nie mógł wykonać naprawy bieżni bez upoważnienia sądu. Prawdą jest, że przepis art. 480 § 1 k.c. stanowi, że w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Przepis ten usytuowany jest wśród przepisów ogólnych dotyczących skutków niewykonania zobowiązań. Zasadą jest, że przepisy ogólne o zobowiązaniach znajdują zastosowanie dopiero wówczas, gdy określona kwestia nie jest uregulowana w przepisach szczególnych (dotyczących danego stosunku zobowiązaniowego) ani w umowie stron. Wprawdzie brak jest przepisów dot. umowy gwarancji, które przewidywałyby uprawnienia wierzyciela do zastępczego wykonania zobowiązania gwarancyjnego na koszt dłużnika, to jednak w tym wypadku K. B. na mocy umowy zawartej pomiędzy pozwanymi (§ 8 ust. 4) posiadał uprawnienie do zastępczego wykonania napraw gwarancyjnych na koszt gwaranta w przypadku gdy ten ich nie usunie w wyznaczonym terminie.

Nie było zaś przeszkód, aby strony umówiły się, że w razie ujawnienia się wad zamawiający będzie uprawniony, nawet bez upoważnienia sądu, do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie. Przyznanie takich szczególnych uprawnień zamawiającemu oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania w tym art. 480 § 1 k.c. W takim wypadku zamawiający (tu: K. B.) uprawnienie do wykonania zastępczego posiadał z mocy umowy, bez konieczności występowania na drogę sądową; przyjmuje się bowiem, że gdy upoważnienie do wykonania zastępczego na koszt dłużnika wynika z umowy lub przepisu szczególnego, to wierzyciel jest zwolniony z obowiązku uzyskania upoważnienia sądu w oparciu o art. 480 § 1 k.c. W sytuacji, gdy gwarant odmawiał wykonania naprawy gwarancyjnej, a więc gdy odmawiał spełnienia swoich obowiązków wynikających z umowy gwarancji nie można odmówić uprawnionemu z tytułu gwarancji prawa do skorzystania z dokonania naprawy przedmiotu objętego gwarancją na koszt gwaranta (wykonania zastępczego) bez uprzedniego uzyskania upoważnienia sądu, skoro uprawnienie takie zostało zastrzeżone w umowie.

Kolejną kwestią wymagającą omówienia w kontekście zarzutów apelacyjnych jest kwestia dotycząca przesłanek odpowiedzialności gwarancyjnej.

Jako zasadny, Sąd Apelacyjny ocenił zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 471 k.c. i 474 k.c., stanowiących podstawę dochodzonego przez powodową spółkę roszczenia.

Odpowiedzialność gwaranta jest odpowiedzialnością kontraktową z art. 471 k.c. Według zatem ogólnych reguł dowodowych w procesie cywilnym uprawniony z gwarancji (tu: powód, który uzyskał uprawnienia w drodze przelewu), chcąc zrealizować wynikające z niej uprawnienia, musiałby udowodnić jedynie, iż w okresie gwarancyjnym doszło do ujawnienia wad bieżni. Z kolei strona pozwana - gwarant, aby zwolnić się od odpowiedzialności, musiała wykazać, że wady wynikały nie z błędów w wykonawstwie lecz z przyczyn niejako z zewnątrz.

Sąd Okręgowy przyjął natomiast faktycznie, iż na stronie powodowej spoczywał zarówno obowiązek udowodnienia obciążającej pozwanych przyczyny wadliwości bieżni, jak i zasadności wymiany jej części. Z poglądem tym jednak nie sposób się zgodzić ponieważ odpowiedzialność kontraktowa charakteryzuje się tym, iż na wierzycielu spoczywa ciężar dowodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, istnienia szkody w określonej wysokości oraz związku przyczynowego. Na wierzycielu nie spoczywa ciężar dowodu faktów świadczących o winie dłużnika, lecz ten ostatni powinien dowieść faktów świadczących o niezawinienu przez niego zaistniałych naruszeń umowy. Z przepisu art. 471 k.c. wynika bowiem domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i dłużnik musi, dla zwolnienia się od odpowiedzialności, obalić to domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Gwarancja jest z jednej strony zapewnieniem, że wykonane roboty są dobrej jakości, z drugiej natomiast zobowiązaniem do naprawy ujawnionych w okresie gwarancyjnym wad tych robót. Odpowiedzialność osoby zobowiązanej z tytułu gwarancji ma zakres bardzo szeroki. Oceniana przez pryzmat art. 471 k.c. odpowiedzialność z tytułu gwarancji jest wyłączona tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że wady towaru (robót) wynikają z przypadku, winy osoby trzeciej, niewłaściwego użytkownika rzeczy, braku odpowiedniej konserwacji, nieprawidłowego korzystania lub obsługi. Szeroki zakres odpowiedzialności gwarancyjnej wynika też z Karty gwarancyjnej wręczonej pozwanemu K. B. przez pozwaną spółkę (...). Ciężar dowodu w powyższym zakresie spoczywał na zobowiązanym z gwarancji, który dla zwolnienia się z odpowiedzialności winien wykazać, że wady robót wystąpiły z przyczyn od niego niezależnych. W związku z tym Sąd Apelacyjny nie zaaprobował zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku konkluzji, iż to na powodowej stronie spoczywał dowód wykazania przyczyny powstania wad i, że nie udowodniła słuszności (zasadności) swego roszczenia. Przedstawiona konkluzja Sądu pierwszej instancji nie uwzględniła zasad rozkładu ciężaru dowodów na gruncie art. 471 k.c. między stronami procesu i w ostatecznym rezultacie doprowadziła do wadliwej oceny dochodzonego pozwem żądania opartego na tej podstawie.

Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie pozwalał na ocenę, że strona pozwana nie ponosi odpowiedzialności za wady bieżni. Odnosi się to zarówno do pozwanego K. B., który wraz z powodową spółką udzielił

gwarancji inwestorowi, jak i do pozwanej spółki (...), która udzieliła gwarancji K. B.. Dla zwolnienia pozwanych od odpowiedzialności z tytułu gwarancji nie było wystarczające nawet nieustalenie, że wady bieżni nie są wynikiem złego wykonawstwa, lecz konieczne było wykazanie rzeczywistej przyczyny wad, niezależnej od wykonawstwa robót. W interesie obu pozwanych leżało jak najszybsze, po ujawnieniu wad, ustalenie ich przyczyn, a nie przerzucanie czynności wyjaśniających na powódkę i inwestora. Pozwana spółka (...) tymczasem w okresie ujawniania się wad w rzeczywistości przerzucała ciężar wyjaśnienia tych kwestii na innych uczestników procesu budowlanego, a pozwany K. B. wprawdzie doprowadził do wydania ekspertyzy przez Instytut (...) (k. 77 i nast.), która wskazywała na możliwe przyczyny wad (nie mające charakteru zewnętrznego, niezależnego od wykonawstwa), jednak pomimo, że nie kwestionował jej wyników nie doprowadził do naprawy bieżni, a kiedy wady zaczęły ujawniać się na kolejnych jej obszarach zaczął niezasadnie bronić się zarzutem przedawnienia.

Przedłożona w sprawie ekspertyza Instytutu (...) nie jest wprawdzie dowodem z opinii biegłego w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, ale stanowi element materiału procesowego. Jeżeli bowiem strona składa taką ekspertyzę z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, istnieją podstawy do przypisania jej znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. Ekspertyza opracowana poza procesem jest wyjaśnieniem stanowiska tej strony, która się na nią powołuje, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. W toku procesu, została przesłuchana w charakterze świadka jedna z współauterek ekspertyzy tj. D. P. (1) (rozprawa 17.04.2014 r.), która potwierdziła, że w czasie wykonywania pierwszej ekspertyzy zauważyła nienaturalną miękkość bieżni na długości ok. 60 m., a po roku, kiedy dokonywała ponownie oględzin, zauważyła, że ten pas miękkości wydłużył się, nadto wykryła dużo innych obszarów miękkich w różnych miejscach, o nieregularnych kształtach.

Okoliczności te znajdowały potwierdzenie także w innych przedłożonych w sprawie dowodach, w tym zeznaniach świadków H. B., P. G. (1), A. U. (1), Z. S., M. D., T. Ł. (1), protokołach z przeglądu gwarancyjnego, korespondencji uczestników procesu budowlanego. Uwzględniając ich całokształt, nie można było mieć wątpliwości, że w okresie gwarancji wady ujawniały się sukcesywnie na znacznej powierzchni bieżni, nie tylko przy trybunach i polegały na miękkości bieżni, powstawaniu zadoleń. Jak wynikało zarówno z zeznań D. P., jak i innych wyżej wymienianych świadków „wymiękanie” było punktowe, a miejsca miękkie miały różną wielkość i nieregularne kształty. Biegający po bieżni skarżyli się, że jest albo międko, albo twardo. Podejrzewano, że przyczyną tego było niewłaściwe wykonanie warstwy stabilizującej (...). Po wykonaniu odkrywki przez pozwaną Spółkę (...) było widać, że rozsypuje się podbudowa bieżni. Od lata 2012 r. było wiadomym stronom, że problem postępuje i dotyczy wielu miejsc.

Przyczyny uwalniające pozwanego (...) sp. z o.o. od odpowiedzialności gwarancyjnej zostały szczegółowo wskazane w dokumencie gwarancyjnym. Pozwany ten próbował wykazać, że doszło do zniszczenia prawidłowo wykonanej nawierzchni wskutek nieprawidłowego używania bieżni i uszkodzeń mechanicznych przez poruszające się po bieżni środki transportu i składowanie na bieżni materiałów budowlanych, jednakże słuszna była konstatacja Sądu pierwszej instancji, że dowód ten się nie powiódł. Zdecydowana większość świadków, w tym pracowników pozwanej (Z. R., D. B., A. K.), nie potwierdziła, aby po bieżni poruszał się sprzęt ciężki pracujący przy budowie trybun albo, by składowano na bieżni materiały budowlane. Natomiast zeznania M. S., który pracował przy wykonywaniu 2 warstw bieżni i twierdził, że widział koparko-ładowarki przejeżdżające przez bieżnię były bardzo ogólne. Świadek ten pracował przy wykonywaniu warstwy ET, której jakość została zakwestionowana i mógł być zainteresowany obciążeniem innych osób odpowiedzialnością za ujawnione usterki bieżni. Wprawdzie twierdził, że zgłaszał, że po bieżni jeździ sprzęt, ale tak zeznający w sprawie inspektor nadzoru i kierownik budowy generalnego wykonawcy (Z. S., A. K.), jak i przedstawiciele inwestora i użytkownika obiektu (P. G., A. U., W. R.) tego nie potwierdzili, jednocześnie stanowczo i zdecydowanie twierdzili, że sprzęt ciężki po bieżni nie jeździł. Nieprzekonywujące były też zeznania świadka J. W., który powoływał się na informacje zasłyszane od bliżej nie określonych pracowników spółki (...), a także od pracowników (...) (podczas, gdy ci ostatni jw. wskazano nie potwierdzili, aby po bieżni jeździł jakikolwiek ciężki sprzęt). Z pracowników pozwanego jedynie w/w świadek M. S. zeznał o przejeżdżaniu przez bieżnię koparko – ładowarek, podczas gdy np. inny pracownik pozwanej spółki D. B. zeznał, że pracujący przy trybunach nie przeszkadzali i respektowali jego prośbę, by nie wjeżdżać na bieżnię. W tych okolicznościach trudno uznać te odosobnione i niespójne zeznania za wiarygodne i mogące stanowić podstawę ustaleń w omawianym zakresie. Nie sposób za dowód takiego stanu rzeczy przyjąć

także dołączone do akt sprawy zdjęcie z widoczną w pobliżu bieżni pojedynczą koleiną, czy zdjęcie wskazywane przez biegłego sądowego. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że z dodatkowego stanowiska opiniujących z Instytutu (...) (pismo z 26.06.2013 r. - k. 89), pozyskanego w związku z obroną podejmowaną przez pozwaną spółkę (...), wynikało, że należy wykluczyć uszkodzenie warstwy stabilizującej wskutek obciążeń związanych z niewłaściwym użytkowaniem bieżni (np. jej odśnieżaniem i poruszaniem się po bieżni odpowiedniego do tego sprzętu), także ze względu na nieregularność występowania miejsc o zmniejszonej lokalnie twardości oraz ich różne rozmiary.

Przeprowadzony w sprawie dowód z opinii biegłego sądowego G. S. (1) nie dostarczył także podstaw do ustalenia, że przyczyna wad nie tkwiła w wykonawstwie bieżni. Trzeba przy tym wskazać, że do kryteriów miarodajności opinii biegłego należą fachowość, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, logika wywodu i wyjaśnienia zagadnienia wymagającego wiadomości specjalnych. Złożona do akt opinia biegłego sądowego ds. budowlanych G. S. (1), stosując te kryteria jej oceny, nie spełniała warunków umożliwiających uznanie jej za miarodajny materiał dowodowy w sprawie. Wprawdzie biegły dość obszernie ustosunkowywał się do występujących w sprawie zagadnień wymagających wiadomości specjalnych, ale niedostatecznie motywował wyprowadzone wnioski, brakowało mu stanowczości i w zasadzie żaden z jego wniosków nie został przedstawiony z na tyle fachową i logiczną argumentacją, by mógł być uznany za przekonujący.

Biegły zwrócił uwagę, że w pobranych z bieżni próbkach zauważył brak spoiwa kleju pomiędzy ziarenkami żwiru, które były luźne, bez otoczki kleju, ale ostatecznie nie był w stanie wysnuć z tego faktu jakiegoś stanowczego wniosku wskazując, że próbki powinny być pobrane wraz z warstwą podbudowy mineralnej. Odnosząc się do bezspornej okoliczności zmiany granulacji żwiru użytego do wykonania warstwy (...), biegły stwierdził, że okoliczność ta pozostawałaby bez wpływu na wytrzymałość warstwy, pod warunkiem zachowania właściwych proporcji poszczególnych składników (gumy, żwiru i kleju). Wniosek taki nota bene wypływa już z informacji którą pozwana spółka (...) uzyskała 10.07.2013 od (...) (dotyczącą wykonania warstwy ET na bazie żwiru o granulacji 2-4 mm zamiast 4-6 mm). Również z niej bowiem wynikało, że użyta drobniejsza granulacja żwiru nie ma istotnego wpływu na zmianę parametrów wytrzymałościowych gotowej warstwy ET pod warunkiem zachowania właściwych proporcji poszczególnych składników tzn. gumy, żwiru i przede wszystkim kleju (k. 312). Nie jest to jednak dowód, że pozwany (...) zachował właściwe proporcje poszczególnych składników podbudowy. Biegły zaś nie miał własnych możliwości, ani kompetencji do wykonania badań laboratoryjnych próbek pobranych w sprawie I Co 1149/13.

Wniosek biegłego był tego rodzaju, że samoistną przyczyną rozkruszania się podbudowy z warstwy ET było niewłaściwe dozowanie porcji kleju poliuretanowego do mieszanki żwiru do granulatu (...) oraz nierówne dozowanie żwiru do granulatu (za mała ilość kleju). Biegły zwrócił uwagę, że wykonano różnej grubości warstwy nawierzchni bieżni zarówno na warstwie ET, jak i na warstwie poliuretanu. Na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2016 r. biegły jednak ostatecznie stwierdził, że nie jest w stanie wskazać przyczyn występowania miękkości bieżni. W tych okolicznościach można wprawdzie podzielić konstatację Sądu pierwszej instancji, że wnioski biegłego co do przyczyn wadliwości bieżni stanowiły jedynie jego spekulacje nieumotywowane dostatecznie i nie były miarodajne dla oceny tej kwestii, ale nie oznacza to, że uprawnionym jest wniosek, że brak możliwości oparcia ustaleń faktycznych o opinię biegłego uzasadnia uznanie roszczeń powoda za niezasadne. Należy bowiem przypomnieć, że nie było zadaniem powoda wykazanie, że wady bieżni tkwiły w wadliwości wykonawstwa bieżni, albowiem z art. 471 k.c. wynika domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i to dłużnik musi, dla zwolnienia się od odpowiedzialności, obalić to domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn za które nie ponosi odpowiedzialności. Nie przeprowadził on natomiast w sprawie dowodu potwierdzającego jego wersję, że wady bieżni miały charakter zewnętrzny, niezależny od wykonawstwa.

Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że w toku procesu pozwani nie wykazali, że nie odpowiadają za wady bieżni. Przy tym, pozwany K. B., przy uwzględnieniu art. 474 k.c., odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywał, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierzyl.

Gdy chodzi natomiast o kwestię zakresu występowania wad, w tym zakresie biegły sądowy także nie był w stanie wydać jednoznacznej, stanowczej opinii. Stwierdzając, że wadliwość mogła dotyczyć 20 % powierzchni (co wywnioskował dowolnie jedynie w oparciu o informację dotyczącą obszaru wyrównania przez powoda warstwy kruszywowej – k. 1619), nie wykluczał jednak, że powierzchnia do wymiany mogła być znacznie większa. Wskazywał, że nie sposób tego obecnie ocenić. Jest to zresztą zrozumiałe o tyle, że wadliwa nawierzchnia została zastąpiona nową i biegły w istocie został zobowiązany do wypowiedzenia się co do okoliczności, której nie mógł ocenić w oparciu o własne oględziny i spostrzeżenia. Wobec usunięcia usterek nie było więc obecnie możliwe zweryfikowanie faktycznego zakresu wad. W tych okolicznościach, równie nieumotywowanym i niemiarodajnym jest także wniosek biegłego, że wystarczającym sposobem naprawy bieżni było jej łatanie. Nie został on bowiem w jakikolwiek sposób uzasadniony i jest tylko nieuprawnioną spekulacją. Trudno przy tym zakładać, że powód bez potrzeby zlecił wymianę bieżni i poniósł nieracjonalne, zbędne koszty.

Należało przy tym mieć na względzie, że po ujawnieniu wad były wyznaczane spotkania na stadionie w celu określenia zakresu usterek i sposobu ich usunięcia oraz w celu pobrania ewentualnie próbek do szczegółowego badania, jednak pozwany wykonawca bieżni informowany o nich, nie zawsze brał w nich udział, chociaż mógł w ten sposób weryfikować i dokumentować zakres usterek. Z pisma skierowanego do pełnomocnika K. B. w dniu 22.07.2013 r. (k. 182) wynika, że nie poczuwał się do odpowiedzialności gwarancyjnej i przerzucał w istocie na uprawnionego z gwarancji ciężar udowodnienia przyczyn wadliwości bieżni utrzymując nadto, że uszkodzenia powstały z powodu dopuszczenia do poruszania się po bieżni ciężkiego sprzętu. Jak wynika z ustalonego na podstawie przedłożonej korespondencji stanu faktycznego, także pozwany K. B. nie skorzystał z możliwości merytorycznego ustosunkowania się do zakresu koniecznej naprawy (do której wraz ze wskazaniem jej zakresu był wezwany pismem z 11.07.2013 r. – k. 98), nie kwestionował zakresu planowanej wymiany bieżni. Nie odniósł się do projektu porozumienia, które powód zamierzał zawrzeć z Inwestorem w sprawie naprawy gwarancyjnej, o czym był informowany pismem z 12.08.2013 r. (k. 101) i pozostawił powodowi wybór wykonawcy, wreszcie także wykonanie podpisów warstwy mineralnej.

Należy w tym miejscu wskazać, że z chwilą zastępczego wykonania przez wierzyciela czynności za dłużnika – zobowiązanie dłużnika do spełnienia świadczenia zamienia się w obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez wierzyciela. Wierzycielowi przysługuje w stosunku do dłużnika roszczenie o zwrot wyłożonych uzasadnionych kosztów wykonania zastępczego. Dochodzenie zwrotu kosztów po ich wydatkowaniu przez wierzyciela tym jednak różni się od innych przypadków żądania odszkodowania, że wierzyciel nie musi przeprowadzać dowodu na okoliczność powstania i wielkości szkody, a jedynie wykazać wysokość poniesionych wydatków. Przy uwzględnieniu nawet tego, że koszty wykonania zastępczego, co do pokrycia których zobowiązany jest dłużnik nie mogą być kosztami nadmiernymi, nieuzasadnionymi, to ciężar dowodu, że poniesione koszty były nadmierne i w związku z tym wierzyciel nadużył prawa, obciąża dłużnika (por. wyrok SN z 10.01.2008, IV CNP 147/07, Lex nr 361455, wyrok SA w Warszawie z 31.07.2015 r. VI ACa 1006/14, Lex nr 1843174). Co się zaś tyczy podnoszonej przez skarżącego okoliczności, że zamierzał tę wadę (choć jej nie przyznaje) usunąć poprzez „nastrzykiwanie”, to należy mieć na względzie, że usuwanie wady musi zapewnić pełną sprawność eksploatacyjną rzeczy. Taki sposób naprawy bieżni tj. przez nastrzykiwanie, nie był zgodny ani z ustaleniami wynikającymi z ekspertyzy zamówionej przez K. B., ani z ustaleniami stron podjętymi w porozumieniu z 19.09.2012 r., nie wyrażała też na niego zgody Gmina M. E. utrzymując, że nie przyniesie poprawy wytrzymałości na rozciąganie warstwy stabilizującej mineralno-gumowej, które jest obciążeniem podstawowym w bieżniach lekkoatletycznych, gdyż według ekspertyzy nr (...) parametr ten został zachowany jedynie w ok. 25 % w stosunku do wymaganego. Wskazywała, że parametr przyczepności międzywarstwowej jest spełniony w 23 % w stosunku do wymaganego (k. 97, 169). W toku procesu nie został przeprowadzony dowód, ani że taki sposób naprawy mógł skutecznie przywrócić pełną sprawność eksploatacyjną bieżni. Brak było też miarodajnego dowodu, że wystarczającym, prowadzącym do całkowitego usunięcia wadliwości bieżni (i racjonalniejszym ekonomicznie) sposobem naprawy bieżni mogła być jej naprawa przez tzw. łatanie.

Podsumowując, należy więc stwierdzić, że skoro materiał dowodowy zgromadzony w sprawie dostatecznie dowodził, że w okresie gwarancyjnym ujawniły się wady bieżni w postaci jej miękkości i zadoleń na znacznym jej obszarze, a strona pozwana nie wykazała, że przyczyna tego stanu rzeczy nie była powiązana z wadliwym wykonawstwem i

wynikała z zewnętrznej przyczyny, to uprawnionym jest wniosek, że pozwana Spółka nie wykonała należycie swojego zobowiązania gwarancyjnego wobec K. B. (nie usunęła wad bieżni), a zatem odpowiada za szkodę, którą poniósł powód wykonując w oparciu o umowę cesji zastępczo naprawę gwarancyjną, do wykonania której zobowiązana była pozwana. Z chwilą wykonania naprawy przez uprawnionego wierzyciela – zobowiązanie dłużnika do spełnienia świadczenia w ramach udzielonej gwarancji zamienia się w obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez wierzyciela. Wobec tego powodowi przysługuje w stosunku do pozwanej roszczenie o zwrot wyłożonych kosztów wykonania zastępczego.

W stosunku do pozwanego K. B. roszczenie powoda ma charakter regresowy i znajduje oparcie w postanowieniach umowy Konsorcjum (§ 3 ust 3 i § 4 ust. 4) oraz w art. 471 i 474 k.c.

Na uszczerbek którego powód może dochodzić składa się koszt usunięcia wadliwej części nawierzchni, utylizacji odpadów i wykonania nowej nawierzchni zgodnie ze sztuką budowlaną. Powód szczegółowo przedstawił i udokumentował swoje wydatki związane z naprawą bieżni, a żaden z nich nie został przez pozwanych skutecznie zakwestionowany jako zbędny lub zawyżony. Z materiału sprawy wynika, że po wykonaniu prac spółka (...) wystawiła fakturę VAT z 12.12.2013 r. na 572 592 netto (704 288,16 brutto) obejmującą również wynagrodzenie wcześniej otrzymane tj. 61 500 zł brutto (k. 113). Powód przelewami opłacił tę fakturę w całości (k. 276 – 279). Powód poniósł też inne koszty, które obrazują dołączone do akt faktury i zestawienia, w tym koszty zerwania wadliwej nawierzchni, zagospodarowania odpadów, wynajmu sprzętu i użycia sprzętu własnego, wynagrodzenia pracowników – w łącznej wysokości 33 303,21 zł netto (k. 115, 127, 128, 281, 283, 285, 116 – 122, 123 - 125, 129 – 130, 290).

Odpowiedzialność obu pozwanych podmiotów co do tego samego świadczenia wynika z różnych tytułów prawnych (odrębnych zobowiązań) jest więc odpowiedzialnością in solidum.

Nadto, należało mieć na względzie, że powód skierował przed wystąpieniem z pozwem do obu pozwanych podmiotów wezwania do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem (pismo z dnia 09.01.2014 r.) wskazując termin zapłaty 7 dni od otrzymania wezwania (k. 132). Wezwania zostały doręczone obu pozwanym w dniu 13.01.2014 r. (k. 133), stąd termin zapłaty przypadał na dzień 20.01.2014 r. w stosunku do każdego z nich. Od dnia następnego, tj. 21 stycznia 2014 r. pozwani pozostawali zatem w opóźnieniu i powód może skutecznie dochodzić na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. zasądzenia odsetek ustawowych za opóźnienie (do dnia 31.12.2015 r. określanych także mianem odsetek ustawowych).

W wyniku uznania za zasadne żądania powoda w stosunku do pozwanej spółki (...) w oparciu o podstawę dotyczącą jej odpowiedzialności kontraktowej bezprzedmiotowym stało się analizowanie zarzutów apelacji dotyczących ewentualnej jej odpowiedzialności deliktowej. Wystarczy więc jedynie zasygnalizować, że Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu pierwszej instancji, że przesłanki tej odpowiedzialności nie zostały wystarczająco wykazane.

Uwzględniając powyższe na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzeczono, jak w pkt I ppkt 1) wyroku.

Zmiana wyroku i uwzględnienie żądania pozwu w całości skutkowało także koniecznością zmiany rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję poprzez dostosowanie tego rozstrzygnięcia do ostatecznego wyniku sprawy, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 § 1 k.p.c.). Powód przedłożył spis kosztów poniesionych w postępowaniu przed Sądem Okręgowym (k. 1949), który w przeważającej części należało uwzględnić, jako zawierający koszty przez powoda rzeczywiście poniesione i niezbędne do celowego dochodzenia praw. Do kosztów uzasadnionych, niezbędnych w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c., których zwrotu powód może domagać się od przeciwnika procesowego Sąd nie zaliczył, uwzględniając przepis § 3 tego artykułu, kosztów stawiennictwa strony na rozprawy (poza dniem 12.12.2016 r., kiedy przeprowadzano dowód z przesłuchania stron).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Od pozwanych, jako przegrywających, zasądzono in solidum na rzecz powoda zwrot opłaty od apelacji w kwocie 30 295 zł i wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 8 100 zł, które ustalono na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2018, poz. 265 t.j.).

E. M. N. B. S.