

*Sygn. akt VI Ga 320/14*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 18 grudnia 2014 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

**Przewodniczący: SSO Beata Hass-Kloc**

**Sędziowie: SSO Renata Bober**

**SSO Barbara Frankowska (spraw.)**

**Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo**

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2014 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: **A. K. i B. K. (1) – wspólników s.c. (...) w M.**

przeciwko: **D. L. i Ł. L. – wspólnikom s.c. F. w M.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanych co do pkt I i III wyroku Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu V Wydziału Gospodarczego z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt V GC 142/12

I. **o d d a l a** apelację,

II. **z a s ą d z a** solidarnie od pozwanych D. L. i Ł. L. – wspólników s.c.F. w M. na rzecz powodów A. K. i B. K. (1) – wspólników s.c. (...) w M. kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI Ga 320/14

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 18 grudnia 2014r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyrokiem z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt VI Ga 26/12 uchylił wyrok Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z dnia 25 listopada 2011 r. sygn. akt V GC 250/09 przekazując sprawę do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego. Wyrokiem tym Sąd Rejonowy w Tarnobrzegu oddalił powództwo A. K. i B. K. (1) przeciwko D. L. i Ł. L. o zapłatę solidarnie kwoty 46 876,17 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu tytułem zapłaty ceny za sprzedany pozwanym cement. Dodać należy, że pozwani wnosili o oddalenie powództwa zarzucając, że sprzedany przez powodów beton był wadliwy i nie nadający się do wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem, na skutek czego pozwani, w wykonaniu uprawnień z rękojmi, odstąpili od umowy sprzedaży. O wadliwości betonu świadczy fakt pęknięcia posadzki wykonanej na jego bazie.

Wydając powyższy wyrok Sąd Okręgowy Rzeszowie przyjął za bezsporne, że pozwani zamówili u powodów beton klasy B 25. Sporną pozostała natomiast kwestia jaki beton dostarczyli pozwanym powodowie: klasy B 25 czy klasy B 15.

Sporna również była kwestia czy pozwani zamówili beton ze zbrojeniem rozproszonym wg normy 20 kg/m<sup>3</sup>, czy też wg normy 13 kg/m<sup>3</sup>. Wg Sądu Okręgowego przeprowadzone dotychczas przez Sąd I instancji postępowanie dowodowe nie dało podstaw do przyjęcia, że pozwani zamówili u powodów beton ze zbrojeniem rozproszonym nie mniej niż 20 kg/m<sup>3</sup>. Wbrew ustaleniom Sądu Rejonowego nie stanowi dowodu w tym zakresie ani opinia biegłego Instytutu (...) w W., ani zeznania świadków J. G. (1) i K. P. (1), ani umowa nr (...) na wykonanie posadzki, albowiem została zawarta pomiędzy pozwanymi a inwestorem (J. G.) i nie ma znaczenia dla przyjęcia jakie ostatecznie były ustalenia stron postępowania w zakresie właściwości sprzedanego betonu. Celem ustalenia treści umowy sprzedaży betonu niezbędne było przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, który to dowód Sąd Rejonowy oddalił nieprawidłowo. Ponadto Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na rozbieżne wnioski wypływające z przeprowadzonych w sprawie dwóch opinii, a to Politechniki L., w której to opinii biegli wskazali, że dostarczony przez powodów beton mógł być klasy B 25, natomiast beton istniejący obecnie w hali magazynowej jest klasy B 15, a zbrojenie rozproszone jest w ilości około 12,99 kg/ m<sup>3</sup> oraz Instytut (...) w W., wg którego nie można jednoznacznie stwierdzić jakiej klasy beton dostarczono na posadzkę. Nie ma dowodów, że dostarczony beton był klasy B 25 z uwagi na brak badań z próbek betonowych, które powinny być pobrane przez betoniarnię jak i przez wykonawców. Instytut stwierdził na podstawie badań akredytowanych laboratoriów, że beton znajdujący się na posadzce był klasy B 15, chociaż obecnie spełnia wymagania klasy B 25 lub B 30, a jego jakość nie budzi żadnych wątpliwości. Natomiast zbrojenie rozproszone wynosi 15 kg/m<sup>3</sup>. Wg Sądu Okręgowego nie bez znaczenia jest stwierdzenie tej opinii, że zawartość zbrojenia rozproszonego w betonie oraz nierówność podłoża mogły mieć wpływ na rozwarłość rys, ale ich pojawienie się miało głównie związek z czasem i/ lub sposobem wykonania nacięć dylatacyjnych.

Sąd Okręgowy wskazał, że obie przeprowadzone w sprawie opinie są zgodne jedynie w zakresie ustalenia ilości zbrojenia rozproszonego w betonie, a w pozostałym zakresie są zupełnie rozbieżne. W tych okolicznościach uchybieniem procesowym Sądu I instancji było oddalenie wniosku powodów o wezwanie na rozprawę przedstawicieli Instytutu (...) w W. celem udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zgłoszonych przez stronę zastrzeżeń co do pisemnej opinii. Sąd Okręgowy nakazał Sądowi I instancji uzupełnienie postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczność poczynionych przez nie ustaleń w zakresie treści umowy sprzedaży betonu, w tym jego parametrów, ceny, jak również poprzez uzupełniające wysłuchanie biegłych, zgodnie z wnioskiem powodów (ewentualnie przeprowadzenie dowodu z opinii kolejnego biegłego, jeżeli zaistnieje taka potrzeba), co pozwoli na dokonanie pełnej weryfikacji opinii wydanych w sprawie przede wszystkim pod kątem klasy betonu jaki był/mógł być dostarczony pozwanym przez powodów oraz jaki jest w chwili obecnej. W ocenie Sądu Okręgowego z materiału dowodowego zebranego w sprawie nie wynika jakoby rzekoma wada betonu zmniejszała wartość czy użyteczność posadzki. Brak jest również jednoznacznego dowodu na okoliczność dotyczącą braku właściwości rzeczy (a więc właściwości specyficznej dla betonu o klasie B 25 z uwzględnieniem omówionych pozostałych parametrów).

Dodać również należy, że Sąd Okręgowy zajął stanowisko, iż nie ulega wątpliwości, że pozwani dochowali aktów staranności, o których mowa w treści artykułu 563 § 2 k.c. dzieląc w tym zakresie rozważania Sądu I instancji.

Przeprowadzenie natomiast wyżej wskazanych dowodów oraz ich ocena, z uwzględnieniem wskazanych w uzasadnieniu regulacji prawnych, umożliwi sądowi prawidłowe ustalenie treści zawartej przez strony umowy, a w konsekwencji ustalenie, czy umowa została przez powodów wykonana w sposób prawidłowy oraz czy pozwani mieli podstawy od umowy odstąpić, a jeżeli tak, czy odstąpienie było skuteczne.

Sąd Rejonowy w Tarnobrzegu po uzupełnieniu postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, dopuszczenie dowodu z uzupełniającej, ustnej opinii przedstawicieli Instytutu (...) w W., jak też dopuszczenie z urzędu dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia ceny wyprodukowanego w 2009 r. przez powodów betonu klasy B 15 z użyciem uzbrojenia rozproszonego w ilości 15 kg/m<sup>3</sup> z użyciem cementu hutniczego z popiołami, wyrokiem z dnia 28 maja 2014 r. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powodów kwotę 41 274,66 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 18 lipca 2009 r. (pkt I), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II) oraz rozdzielił stosunkowo koszty procesu pomiędzy stronami, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu (pkt III).

Wydając powyższy wyrok Sąd Rejonowy w Tarnobrzegu ustalił, że pozwani dnia 15 czerwca 2009 r. zawarli z J. G. (1) umowę nr (...) na podstawie, której przyjęli do wykonania posadzkę przemysłową w hali magazynowej w S. z betonu B 25 ze zbrojeniem rozproszonym wg normy 20 kg/m<sup>3</sup>, za wynagrodzeniem w wysokości 44 515 zł netto. Pozwani zamówili u powodów beton klasy B 25 ze zbrojeniem rozproszonym 20 kg/m<sup>3</sup> w ilości 111 m<sup>3</sup>. Zamówienie zostało przyjęte, a beton w ciężarówkach – betoniarkach został dostarczony na budowę w S.. Betoniarnia na okoliczność cech i charakterystyki betonu wystawiła recepturę na beton towarowy B 25 sporządzoną przez cementownię (...). W trakcie wylewania nie były pobierane próbki betonu. Nacięcia dylatacyjne na posadzce wykonano do 7 dni od jej wylania. Do utwardzenia powierzchniowego betonu zastosowano sypki preparat F. T., a następnie środek zabezpieczający przed odparowaniem wody F. H.. Wypełnienie nacięć dylatacyjnych nastąpiło po około miesiącu od wykonania posadzki.

Powodowie z tytułu sprzedanego pozwanym betonu B 25 wystawili fakturę VAT nr (...) na kwotę 47 397 zł brutto z terminem płatności do 17 lipca 2009r.

Po około miesiącu dostrzeżono, że posadzka zaczyna pękać i na całej szerokości są rysy. Pozwani za zgodą inwestora pobrali próbki posadzki i wysłali do ekspertyzy do Centrum Technologicznego przy Politechnice (...). Wynik badania ujęty w świadectwie z dnia 25 sierpnia 2009r. wykazał, że beton ma klasę B 15.

Pozwani pismem z dnia 26 sierpnia 2009r. wezwali powodów do wymiany dostarczonego betonu na beton zamówionej klasy B 25. Powodowie zakwestionowali żądanie zarzucając brak uczestnictwa w pobraniu próbek, a nadto zaprzeczając, że dostarczony beton nie spełnia wymagań jakościowych.

Pozwani pismem z dnia 2 września 2009r. złożyli powodom oświadczenie o odstąpieniu od umowy sprzedaży betonu B 25 w ilości 111 m<sup>3</sup> potwierdzonej fakturą VAT (...) z dnia 3 lipca 2009r.

Na podstawie wzajemnych uzgodnień przeprowadzono kolejne badanie próbek pobranych przy udziale obydwu stron również wykazało, że dostarczony beton jest klasy B 15.

Sąd Rejonowy ustalił, że dostarczony pozwanym beton był klasy B 15 ze zbrojeniem rozproszonym 15 kg/m<sup>3</sup>, który jest tańszy od betonu o klasie B 25. Beton został wykonany przy użyciu cementu hutniczego z popiołami, mieszanki najtańszej z możliwych. Dostarczony beton nie jest jednorodny, bo część posadzki jest jasnoszara, a część ciemnoszara i tylko część jasnoszara mogła być wykonana na przedłożonej recepturze cementowni (...) (z zawartością żużlu) Część ciemnoszara zawiera jedynie pojedyncze ziarna żużlu i jest wykonana na cemencie portlandzkim wieloskładnikowym popiołowym lub do cementu w znacznych ilościach dodano popiół. Zastosowanie innego cementu i kruszywa, w innych ilościach niż podano w recepturze wyklucza możliwość powoływania się na w/w recepturę.

Technologia wykonania posadzki przez powodów z użyciem środków F. T. i F. H. była prawidłowa. Średnia ilość zbrojenia rozproszonego w użytym betonie wynosiła 15 kg/m<sup>3</sup>. Mniejsza ilości zbrojenia rozproszonego w stosunku do założonej ma negatywny wpływ na wytrzymałość betonu i na jego elastyczność, ma oczywiście również wpływ na wartość rynkową betonu, bo użycie zbrojenia niesie ze sobą określone koszty. Na podstawie opinii biegłego Sąd Rejonowy ustalił, że w lipcu 2009 r. obowiązująca wartość 1 m<sup>3</sup> betonu klasy B 15 z użyciem zbrojenia rozproszonego w ilości 15 kg/ m<sup>3</sup> wynosi 304,79 zł netto.

Ustalając powyższy stan faktycznym Sąd Rejonowy dał w całości wiarę zeznaniom przesłuchanych w sprawie świadków. Sąd dał wiarę również w całości zeznaniom pozwanego D. L., jako swobodnym logicznym i spójnym, zgodnym z dowodami z dokumentów. Odnośnie zeznań B. K. (1) Sąd Rejonowy nie dał im wiary, co do tego, że pozwani zamówili beton ze zbrojeniem 13 kg/m<sup>3</sup>.

Odnosnie przeprowadzonych w sprawie opinii biegłych Sąd uznał za szczególnie cenną i przydatną opinię Instytutu (...) w W., jako najpełniejszą i uwzględniającą wszechstronne aspekty związane z ustaleniem klasy betonu. Ponadto dał wiarę opinii biegłego M. S., co do ustalenia ceny betonu B 15 ze zbrojeniem rozproszonym 15 kg/m<sup>3</sup>.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy, uwzględniając całokształt okoliczności faktycznych, przyjął że pozwani zamówili beton ze zbrojeniem rozporozszonym 20 kg/m<sup>3</sup>, bo takimi ustaleniami był związany z inwestorem, który płacił za materiał. Stąd niewiarygodne są zeznania powoda, że pozwani negocjowali cenę betonu, skoro ostatecznie za beton miał zapłacić inwestor. Powodowie natomiast sprzedali pozwanym niewątpliwie beton klasy B 15 ze zbrojeniem rozporozszonym 15 kg/m<sup>3</sup>, co potwierdzają opinie sporządzone w sprawie, akceptujące prywatne opinie pozwanych. (...) bez wątpienia nie odpowiada recepturze mieszanki betonowej wg PN-88-B- (...) dla betonu B 25 sporządzonej przez Laboratorium (...) z Grupy (...) SA w K..

Na podstawie stanowiska Sądu Okręgowego w Rzeszowie, podzielającego uprzednie stanowisko Sądu I instancji, pozwani w tym stanie faktycznym dochowali wszystkich niezbędnych aktów staranności, o których mowa w art. 563 § 2 k.c. i niezwłocznie po wykryciu pęknięć w posadzce i uzyskaniu wyników ekspertyzy powiadomili powodów o wadach, wyznaczając termin do wymiany wadliwego betonu na wolny od wad i po bezskutecznym upływie terminu oraz odmowie powodów złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy sprzedaży.

Ostatecznie powodowie dostarczyli pozwanym beton niezgodny z zamówieniem. Sąd Rejonowy uwzględnił na podstawie opinii Instytutu (...) w W., że obecnie znajdujący się na posadzce hali magazynowej beton jest dobrej jakości i spełnia wymagania dla betonu klasy B 25 lub B 30. Dlatego za Sądem Okręgowym w Rzeszowie Sąd I instancji przyjął na podstawie art. 556 § 1 k.c., że z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, aby obecnie wada betonu użytego do wykonania posadzki zmniejszyła jego wartość albo użyteczność. Brak też dowodu na okoliczność braku właściwości rzeczy, czyli właściwości specyficznej dla betonu o klasie B 25 z uwzględnieniem umówionych pozostałych parametrów. Sąd ustalił również, że obecność większej ilości włókien nie zapobiegłaby powstaniu obserwowanych spękań, będących naturalnymi dylatacjami – w tym przypadku ich działanie przejawiało się głównie w ograniczeniu rozwarcia szczelin. Posadzka aktualnie jest użytkowana zgodnie z jej przeznaczeniem.

Sąd Rejonowy przyjął, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi związana jest z istotą umów wzajemnych polegającą na ekwiwalentności świadczeń. Wartość i użyteczność rzeczy przede wszystkim powinna odpowiadać zapłaconej w cenie. Zmniejszenie wartości jak i użyteczność rzeczy sprzedanej, podlega weryfikacji przez sąd, który uwzględnia cel, jakiemu nabyta rzecz miała służyć. W związku z tym Sąd Rejonowy na podstawie opinii biegłego ustalił wartość sprzedanego pozwanym betonu klasy B 15 ze zbrojeniem rozproszonym 15 kg/m<sup>3</sup>, która wynosi łącznie 41 274,66 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Sąd Rejonowy na podstawie art. 535 k.c. oraz art. 481 k.c. uwzględnił powództwo w odniesieniu do kwoty 41 274,66 zł, oddalając je pozostałym zakresie jako niezasadne.

O kosztach postępowania Sąd Rejonowy orzekł na mocy art. 100 k.p.c.

Pozwani zaskarżyli powyższy wyrok w zakresie pkt I i III zarzucając naruszenie:

- art. 560 § 1 k.c. poprzez bezpodstawne i nieuprawnione dokonanie za pozwanych wyboru obniżenia ceny w ramach ich uprawnienia do rękojmi za wady rzeczy;
- art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 556 k.c. oraz art. 559 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd oceny właściwości przedmiotowego betonu z pominięciem jego stanu na moment wydania betonu pozwanym;
- art. 560 § 1 k.c. w związku z art. 556 § 1 k.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c., gdyż pomimo stwierdzenia wadliwości przedmiotowego betonu i skutecznego odstąpienia przez pozwanych od umowy sprzedaży betonu z powodami, Sąd zasądził obowiązek zapłaty ceny na rzecz powodów;

- art. 535 k.c. i art. 481 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie w sytuacji, gdy pozwani nie są zobowiązani do zapłaty powodowi należności głównej oraz odsetek wynikających z zawartej pomiędzy stronami umowy sprzedaży betonu, gdyż pozwani skutecznie odstąpili od tej umowy.

Zarzucając powyższe pozwani wnieśli o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w zakresie kwoty 41 274,66 zł z ustawowymi odsetkami oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanych kosztów postępowania za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji pozwani podkreślili, że Instytut (...) w W. potwierdził jednoznacznie, iż sprzedany pozwanym beton nie posiadał właściwości zgodnie z recepturą produkcji betonu, w na którą powoływali się powodowie, to jest Cementowni (...), bo użyto materiałów gorszej jakości i tańszych (gorszy i tańszy cement, niższa ilość i gęstość kruszywa). Skład betonu do chwili obecnej jest taki sam jak w momencie wydania pozwanym, czyli niezgodny z recepturą produkcji, na którą powód w toku procesu powoływał się. Niewątpliwie zatem sprzedany pozwanym beton był i nadal jest wadliwy. Nie dość, że posiada gorsze składniki, to przede wszystkim stanowi odrębny typ betonu, który wykorzystywany jest do innych rodzajów wylewek (do fundamentów pod ogrodzenie lub podłóg na tarasach do domów jednorodzinnych, a nie do posadzek przemysłowych).

Powodowie w odpowiedzi na apelację wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego wskazując, że rozstrzygnięcie Sądu I instancji jest rozsądnym kompromisem, uwzględniającym wszystkie okoliczności sprawy oraz uzasadniony interes obydwu stron.

#### ***Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:***

Apelacja strony pozwanej, chociaż zasadnie zarzuca naruszenie przez Sąd Rejonowy przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 560 § 1 kc poprzez bezpodstawne i nieuprawnione dokonanie za pozwanych wyboru roszczenia z tytułu rękojmi za wady rzeczy, tj. obniżenia ceny spornego betonu zamiast odstąpienia od umowy, z którego to uprawnienia pozwani jednoznacznie skorzystali, to jednak ostatecznie, z przyczyn poniżej przytoczonych nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy podkreślić, że sąd odwoławczy, w obecnym kształcie przepisów regulujących postępowanie apelacyjne, jest sądem merytorycznym, obowiązany do rozpoznania sprawy w pełnym zakresie (w granicach zaskarżenia) na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przed sądem I jak i II instancji. Sąd rozpoznający apelację władny jest do dokonania odmiennej oceny dowodów, bez konieczności ponownego ich przeprowadzania, może także dokonać odmiennych ustaleń faktycznych bez przeprowadzania postępowania dowodowego (vide uchwała 7 sędziów z dnia 23.03.1999r. III CZP 59/98, wyrok SN z dnia 18.04.2001r. II UKN 339/00). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 stycznia 2008r. sygn. akt II PK 134/07 przyjął także, że sąd drugiej instancji może zmienić ustalenia faktyczne stanowiące podstawę wydania wyroku sądu pierwszej instancji bez przeprowadzenia postępowania dowodowego uzasadniającego odmienne ustalenia, chyba że szczególne okoliczności wymagają ponowienia lub uzupełnienia tego postępowania.

W przedmiotowej sprawie nie było konieczności uzupełniania postępowania dowodowego.

Sąd Okręgowy rozpoznając apelację pozwanych zwraca uwagę przede wszystkim na to, że przedmiotem sporu jest roszczenie powodów o zapłatę za sprzedany pozwanym beton wg faktury vat nr (...) z dnia 3 lipca 2009r. Pozwani nie kwestionują faktu zawarcia umowy sprzedaży betonu. Jednakże na podstawie pęknięć posadzki, stwierdzonych w niedługim czasie po jej wykonaniu na bazie spornego betonu, zarzucili wadę dostarczonego przez powoda betonu polegającą na niezgodności z zamówieniem (dostarczenie betonu klasy B 15 ze zbrojeniem rozproszonym 13 kg/m<sup>3</sup> zamiast betonu klasy B 25 ze zbrojeniem rozproszonym 20 kg/m<sup>3</sup>). Pozwani realizując roszczenia z rękojmi zażądali wymianę betonu, a bezskutecznym upływie terminu, oświadczeniem z dnia 2 września 2009r., odstąpili od umowy sprzedaży. Skuteczność odstąpienia od umowy zakwestionowali powodowie podnosząc, że towar był zgodny z zamówieniem (klasy B 25 ze zbrojeniem rozproszonym 13 kg/m<sup>3</sup>), a pęknięcia są wynikiem wad wykonawczych

posadzki, natomiast wykonane przez pozwanych ekspertyzy przedprocesowe nie są miarodajne z uwagi na przedmiot sprzedaży, który ulega zmianie w toku wykonywania posadzki.

W tych okolicznościach na pozwanych, zgodnie z regułą wynikającą z art. 6 kc, spoczywał ciężar wykazania wadliwości spornego betonu, jego niezgodności ze złożonym zamówieniem i w konsekwencji skuteczności odstąpienia od umowy sprzedaży w wykonaniu uprawnień z rękoi (art. 556 i nast. kc).

Sąd Okręgowy analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie podziela dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych oraz jego oceny, a w szczególności przyjęcia, że pozwani wykazali w sposób niebudzący wątpliwości zamówienie betonu klasy B 25 ze zbrojeniem rozproszonym 20 kg/m<sup>3</sup> oraz, że dostarczony w wykonaniu zamówienia beton nie spełniał wymagań pozwanych. Stwierdzić należy, że pozwani nie zamówili towaru pisemnie, ani w jakikolwiek inny sposób pozostawiający ślad w postaci np. maila, sms-a, co pozwalałoby w sposób bezstronny ustalić treść zamówienia co do parametru zbrojenia rozproszonego. Jak już wskazał Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 19.03.2012r. przesądzające w tym zakresie nie mogą być ani zeznania świadków (j. G., K. P.), ani umowa nr (...) na wykonanie posadzki. Dowód z przesłuchania stron nie okazał się dowodem przesądzającym (obie strony pozostały przy swoich stanowiskach, poprzednio prezentowanych w informacyjnych wyjaśnieniach k. 178-181). Niewątpliwie pozwani jak sami wyjaśnili (D. L. k. 179/b) nie zajmowali się dotąd posadzkami i do jej wykonania zatrudnili podwykonawcę – K. P. (trudniącego się profesjonalnie wykonywaniem posadzek), lecz do jego zalecenia zamówienia betonu klasy B 25 ze zbrojeniem rozproszonym 25 kg/m<sup>3</sup> (zeznania K. P. k. 64) nie zastosowali się. Wbrew stanowisku Sądu Rejonowego fakt, że za materiały płacił inwestor nie przesądza treści zamówienia, skoro pozwani nie mając dostatecznego doświadczenia i tak nie stosują się do zaleceń swojego podwykonawcy - profesjonalisty. Niewykluczone więc, że konsultowali z powodami jaki w tych warunkach beton może być wystarczający dla wykonania zamówionej posadzki, która dodać należy nie była odrębnie projektowana.

Dla Sądu Okręgowego całokształt okoliczności sprawy nie pozwala na ustalenie, że powodowie dostarczyli beton niezgodny z zamówieniem i wadliwy, nie nadający się ze względu na swe właściwości do wykonania spornej posadzki, a powstałe rysy posadzki są jedynie wynikiem wadliwości betonu. Dla takiego przyjęcia należy powołać się przede wszystkim na wiadomości uzyskane z przeprowadzonych w sprawie opinii, a to Politechniki L. i Instytutu (...) w W., które są zgodne odnośnie tego, że beton jest produktem specyficznym, nie tylko zmieniającym swoje właściwości z upływem czasu ale także, na co zwracali uwagę powodowie, wpływ na ten produkt ma również postępowanie wykonawcy z betonem podczas układania posadzki, warunki dojrzewania, itp. Obydwie opinie zwracają uwagę, że zarówno na betoniarni (powodach), jak i wykonawcach stosujących beton (pозwanych) spoczywa obowiązek zapewnienia odpowiedniego materiału, odpowiednio przechowywanego, który daje możliwość weryfikacji jaki beton został dostarczony. M. R. opiniująca za Politechnikę L. opiniowała ustnie: „jedyną metodą sprawdzenia szczegółowego mieszanki jest wykonanie próbek podczas betonowania zgodnie z normą (...). Z normy tej wynika obowiązek dla wykonawcy pobrania minimum 6 próbek (zalecane 12-15). Próbkі powinny być przechowywane w takich samych warunkach jak konstrukcja” – k. 148. Natomiast (...) w W. na str. 8 opinii (k. 217) pisze: Bez receptury, bez badań wstępnych betonu, które powinny być wykonane w przypadku każdej receptury, bez wydruków naważania, które powinny być dostępne jeżeli jest prowadzona kontrola produkcji, bez badań próbek betonowych, które powinny być pobierane zarówno przez betoniarnię jak i przez wykonawców (co jest praktykowane na prawidłowo zorganizowanych budowach) nie ma żadnych dowodów na to, że wyprodukowany beton mógłby być betonem klasy B 25”. Podkreślić należy, że w tej sprawie to nie powód ma udowodnić, że dostarczony beton był zgodny z zamówieniem, lecz pozwany, że dostarczony mu beton był wadliwy (niezgodny z zamówieniem i nienadający się do zastosowania dla wykonania spornej posadzki). Pozwani nie pobrali próbek betonu w chwili dostawy. Powód B. K. (1) zeznał: dysponuję świadectwami kontroli i badań pobranych próbek, ale nie zostały one przedstawione w procesie bo były dokumentami wewnętrznymi i nie były potrzebne w procesie (k. 361). Jest to zgodne z wyjaśnieniami z informacyjnego słuchania, że powód zabezpieczył próbki, które nawet poddał badaniu przez niezależne laboratorium (...) w K., a pozwani nie zażądali deklaracji zgodności, którą po 28 dniach powodowie mogli wydać (k. 178/b). Pozwani nie zażądali w toku procesu przedłożenia tych dowodów, co niewątpliwie mogło mieć znaczenie przy opiniowaniu w sprawie. Niewiedza

pozwanym, że mogli zażądać wydania deklaracji nie ma znaczenia, skoro beton zamawiali, jako przedsiębiorcy w ramach prowadzonej działalności, co zobowiązywało ich do podwyższonej staranności.

Reasumując pozwani nie pobierając próbek betonu wprowadzili nie pozbawili się prawa do zgłaszania później roszczeń z rękojmi, ale w oparciu o przeprowadzone w sprawie opinie biegłych uznać należy, że utrudnili, a wręcz uniemożliwili wykazanie, że sporny beton w chwili wydania był niezgodny z zamówieniem i wadliwy. Podnoszona przez pozwanych okoliczność, że opinia (...) wykazuje, że dostarczony beton jest niezgodny z przedłożoną przez powoda w toku procesu recepturą Cementowni (...), co pozwala na przyjęcie, że towar jest wadliwy również nie zasługuje na uwzględnienie. Receptura zalegająca na k. 63 akt sprawy została przedłożona przez powoda na rozprawie w dniu 22.01.2010 r. na okoliczność cech i charakterystyki betonu (k. 65/b). Z treści receptury wynika, że pochodzi ona z dnia 21 marca 2005r. oraz, że na jej podstawie należy określić recepturę roboczą, której przedłożenia już nikt nie wymagał. Jest to zatem receptura wzorcowa. Poza tym receptura opiera się na cemencie O. (...)/A 32,5 N-NA, który na dzień wykonywania badań w (...) nie był produkowany, stąd badania robiono na (...) Stwierdzono wprowadzicie, że badany beton nie jest jednorodny i odbiega od receptury z k. 63 zaznaczając jednak, że obliczenia ilościowe należy przyjmować orientacyjnie z uwagi na brak materiałów wyjściowych: cementu, kruszywa i popiołu użytego do wykonania betonu, co skutkuje wzrostem niepewności uzyskanych wyników (k. 216). Należy uwzględnić także stanowisko Politechniki L., która jednoznacznie i wiarygodnie wskazuje, że zamawiając beton należy określić rodzaj cementu użytego do jego produkcji. Powód B. K. zeznał, że zamówiono beton na bazie cementu hutniczego z popiołami i taki został użyty, a pozwani nie zabezpieczyli ani jednoznacznego dowodu, jaki beton zamówili ani próbek jaki beton otrzymali. Opinie Politechniki L. i (...) różnią się stanowiskiem czy sporny beton spełnia wymagania receptury Cementowni (...) (k. 63), bo Politechnika L. stwierdza, że: Wynik badania nie zaprzecza zgodności składu mieszanki wynikającego z receptury i deklarowanego przez producenta (k. 149), a (...) w opinii pisemnej stwierdza że: skład betonu wbudowanego w posadzkę hali nie odpowiada recepturze betonu zamieszczonej w aktach (k. 216), by potem w opinii ustnej stwierdzić: nie jestem w stanie stwierdzić czy to, że beton miał klasę B 15 decydowało się na etapie produkcji czy na etapie wykonawstwa. Wiem tylko, że beton, który był pobrany do próbek nie odpowiadał tej recepturze, która była deklarowana przez wykonawcę. Nie mogę powiedzieć czy materiały były gorsze czy lepsze po prostu były inne (opiniująca J. B. k. 343). Jak wyżej wskazano, nie ma dowodu, że były niezgodne z zamówieniem, bo powód zeznał, że zamówiono beton na bazie cementu hutniczego z popiołami. Wbrew stanowisku skarżącego prezentowanemu na rozprawie apelacyjnej w żadnym razie nie stwierdzono, że beton niezgodny z recepturą wzorcową zalegającą w sprawie nie nadawał się do wykonania spornej posadzki, wręcz przeciwnie jego jakość nie budzi wątpliwości (k. 219). Opinia stwierdza także, że decydujący wpływ na klasę betonu mogło mieć wiele czynników, zarówno produkcja i zastosowanie niesprawdzonej modyfikowanej receptury, w jak i wykonawstwo (k.219). Należy przede wszystkim podkreślić za (...), że nie można stwierdzić jakiej klasy beton dostarczono na posadzkę. To przesądza o konieczności zajęcia stanowiska w sprawie, że nie ma jednoznacznego dowodu na to, iż dostarczony przez powoda beton nie był zgodny z zamówieniem i był wadliwy.

Należy mieć na uwadze, że pozwani twierdzenia o wadliwości betonu wywodzą z faktu powstania spękań na posadzce. (...) w opinii wskazuje we wnioskach, że pojawienie się rys miało głównie związek z czasem i/lub sposobem wykonania nacięcia dylatacyjnych (czyli bezpośredni związek z wykonawstwem), a zaś wartość zbrojenia rozproszonego w betonie i nierówność podłoża (to element wykonawstwa) mogło mieć wpływ jedynie na rozwartość rys (wniosek nr 6 k. 219). Koresponduje to z ustaleniem, że obecność większej ilości włókien nie zapobiegłaby powstaniu obserwowanych spękań, będących naturalnymi dylatacjami. W tym przypadku ich działanie przejawiałoby się głównie w ograniczeniu stopnia rozwarcia szczelin (k. 218). Należy także zwrócić uwagę na twierdzenia opiniującej ustnie za (...) J. B. (2), że: nie jest oczywiste, że fakt iż pobrane próbki betonu miały klasę B 15 oznaczają to, iż powód taki beton dostarczył. Wpływ na klasę betonu po jego wylaniu na posadzkę mogły mieć następujące czynniki: ilości wylanej wody (choć woda nie powinno się wlewać do betonu), sposób jego wibrowania (zagęszczania), warunki atmosferyczne panujące w czasie dojrzewania betonu (k. 343). Są to niewątpliwie przyczyny odnoszące się do etapu wykonawstwa posadzki. Ma to wpływ na ocenę przedśądowych ekspertyz wykonanych przez Politechnikę (...), które potwierdzają klasę betonu B 15. Skoro także na etapie wykonawstwa beton mógł nabyć cechy klasy B15, to nie ma dowodu, że takiej klasy beton dostarczono, co wynika ze zdania pierwszego wniosku nr 1 opinii (...) (k.218) .

Reasumując powyższe pozwala to w ocenie Sądu Okręgowego na przyjęcie, że samo pojawienie się rys na posadzce nie jest dowodem na wadliwość dostarczonego betonu, całokształt materiału dowodowego w sprawie nie daje podstaw do przyjęcia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że dostarczony beton był niezgodny z zamówieniem i wadliwy (pozwani nie zabezpieczając próbek z dostawy i nie żądając deklaracji zgodności nie zapewnili wystarczającego materiału do badania, a ekspertyzy przedprocesowe nie wystarczają do stwierdzenia wadliwości), co w konsekwencji oznacza, że pozwani nie wykazali, że oświadczeniem z dnia 2.09.2009r. skutecznie odstąpili od umowy sprzedaży, czym zwolnili się z obowiązku zapłaty za sprzedany towar.

W tych warunkach za nieuzasadniony uznać należało zarzut apelacji naruszenia art. 535 kc i art. 481 kc, a wydany w sprawie wyrok ostatecznie odpowiada prawu, co Sąd Odwoławczy badał jedynie w granicach zaskarżenia. Na tej podstawie apelację pozwanych oddalił jako bezzasadną na mocy art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 5 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349, z późn. zm.) stosownie do wyniku sprawy, zasądzając solidarnie od pozwanych na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.