

Sygn. akt I ACa 30/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

| | |
|------------------|--|
| Przewodniczący : | SSA Roman Sugier |
| Sędziowie : | SA Anna Bohdziewicz SO del. Jacek Włodarczyk (spr.) |
| Protokolant : | Anna Wieczorek |

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2017 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa R. S.

przeciwko Gminie (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 3 października 2016 r., sygn. akt I C 292/12

1) zmienia zaskarżony wyrok:

a) w pkt 1/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniża do 168.074,78 (sto sześćdziesiąt osiem tysięcy siedemdziesiąt cztery 78/100) złotych, a w pozostałej części powództwo oddala,

b) w pkt 2/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniża do 40.584,74 (czterdzieści tysięcy pięćset osiemdziesiąt cztery 74/100) złotych, a w pozostałej części powództwo oddala,

c) w pkt 3/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniża do 16.331,31 (szesnaście tysięcy trzysta trzydzieści jeden 31/100) złotych,

d) w pkt 4/ w ten sposób, że kwotę którą nakazano pobrać od pozwanej obniża do 1.850,28 (jeden tysiąc osiemset pięćdziesiąt 28/100) złotych, oraz nakazuje ściągnąć od powoda z zasądzonego świadczenia na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Katowicach) 437,97 (czteryście trzydzieści siedem 97/100) złotych;

2) oddala apelację w pozostałej części;

3) zasądza od pozwanej na rzecz powoda 2.012,71 (dwa tysiące dwanaście 71/100) złotych z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

| | | |
|---------------------------|------------------|----------------------|
| SSO del. Jacek Włodarczyk | SSA Roman Sugier | SSA Anna Bohdziewicz |
|---------------------------|------------------|----------------------|

Sygnatura akt I ACa 30/17

UZASADNIENIE

Powód R. S. wniósł do Sądu Okręgowego w Katowicach dwa pozwy o zapłatę przeciwko pozwanej Gminie (...). W pierwszym wniesionym 5 kwietnia 2012 r., zarejestrowanym pod sygnaturą IC 292/12, domagał się zasądzenia 81.169,48 zł z ustawowymi odsetkami od 21 stycznia 2012 r. oraz kosztami procesu. W drugim wniesionym 15 maja 2012 r., zarejestrowanym pod sygnaturą IC 456/12, domagał się zasądzenia 176.887,14 zł z ustawowymi odsetkami od 16 kwietnia 2012 r. oraz kosztami procesu. Obie sprawy połączono do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

W uzasadnieniach obu pozwów powód wskazał, że 5 sierpnia 2011 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której jako wykonawca, zrealizował przebudowę boisk sportowych w ramach programu „(...)” przy Szkole Podstawowej w Ś.. Wykonanie umowy zostało stwierdzone protokołem odbioru robót z 16 grudnia 2012 r. Powód wystawił pozwanej faktury VAT: nr (...) z 7 października 2011 r. na kwotę 500.000 zł i nr(...)z 20 grudnia 2011 r. na kwotę 852.824,58 zł. Należność z drugiej faktury pozwana uregulowała do 771.655,10 zł, do zapłaty pozostało z niej 81.169,48 zł, której powód dochodzi pierwszym z w/w pozwów. Powód wyjaśnił, iż pozwana powiadomiła go o naliczeniu kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy w wysokości 81.169,48 zł, oraz złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tego tytułu z wierzytelnością powoda przysługującą mu od pozwanej z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace. Naliczenie kary umownej było bezpodstawne, a zatem oświadczenie o potrąceniu nie było skuteczne. Powód wyjaśnił, że naliczenie kary umownej mogło nastąpić w przypadku zwłoki w realizacji umowy. Pozwana byłaby uprawniona do naliczenia wówczas kary umownej gdyby udowodniła, że niewykonanie umowy w terminie wynikało z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Tymczasem, choć faktycznie przy realizacji umowy nie został zachowany pierwotnie uzgodniony termin zakończenia prac, to jednak nastąpiło to z winy pozwanej. Przyczyną niedotrzymania terminu były przede wszystkim błędy w dokumentacji projektowej, wadliwy teren budowy oraz konieczność wykonania robót dodatkowych, które nie były przewidziane w umowie i dokumentacji projektowej. Błędy projektowe polegały przede wszystkim na tym, że w projekcie przewidziano cokolwiek betonowy pod ogrodzenie, jednak okazało się, że konieczne jest wykonanie muru oporowego, którego nie zaprojektowano. Dopiero w projekcie zamiennym otrzymanym przez powoda 30 października 2011 r., zaprojektowany został mur oporowy. Jednak najpoważniejszy błąd polegał na zaprojektowaniu obiektu częściowo na działce sąsiedniej. Powód został zmuszony do odtworzenia granic nieruchomości, choć nie należało to do jego obowiązków. Błędy w dokumentacji projektowej zostały przez powoda wykryte dopiero w trakcie prowadzenia robót. Z tego względu powód zmuszony był do wykonania robót dodatkowych, które polegały na: rozebraniu już ułożonych krawężników, rozebraniu chodnika z kostki betonowej, demontażu ułożonego drenażu, rozebraniu ław betonowych, wykonaniu powtórnie wykopu pod mur oporowy, wykonaniu muru oporowego, wykonaniu powtórnie drenażu, wykonaniu powtórnie odwodnienia liniowego, ułożeniu obrzeży na ławach betonowych, powtórnie wykonaniu podbudowy, przestawieniu fundamentów słupów betonowych. Wykonane przez powoda roboty dodatkowe zostały ujęte w kosztorysie przedstawionym pozwanej wraz z pismem z 17 października 2011 r. Pozwana odmówiła zapłaty za te roboty wskazując, iż za realizację zadania strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Wartość dodatkowych, nie objętych podstawowym zakresem umowy robót wyniosła 176.887,14 zł i kwoty tej powód dochodził od pozwanej w drugim z wyżej opisanych pozwów.

Pozwana Gmina (...) w odpowiedziach na pozew złożonych w obu sprawach, wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. Pozwana przyznała, iż strony łączyła umowa z 5 sierpnia 2011 r. Wskazała, że

termin realizacji umowy wynosił 90 dni kalendarzowych i był terminem wystarczającym do wykonania zadania, zawierał co najmniej 15 dniowy termin rezerwy. Powód zapoznał się z warunkami umowy, oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także całą dokumentacją techniczną. W trakcie realizacji umowy ujawniły się nieistotne braki w dokumentacji projektowej. Były one na bieżąco wyjaśniane i usuwane. Braki te nie mogły być przyczyną wstrzymania realizacji całego zadania, a tylko elementu, którego dotyczyły. Pozostały zakres robót mógł być realizowany bez przeszkód. Dokumentacja projektowa będąca podstawą realizacji prac była prawidłowa. Ze znajdującej się w niej mapy lokalizacyjnej boisk nie wynikało, aby większe boisko swym obrysem obejmowało teren działki stanowiącej własność osoby trzeciej. Umowa nie została zrealizowana w terminie z przyczyn leżących po stronie powoda, gdyż to on wadliwie oznaczył teren pod posadowienie płyty boiska, a następnie w taki sposób je wykonał. Konieczność wzniesienia muru oporowego była konsekwencją podwyższenia płyty boiska przez powoda. Prace wykonane przez powoda były wynikiem jego błędów, a roboty, które według powoda były robotami dodatkowymi, w istocie stanowiły jedynie formę naprawienia szkody wyrządzonej pozwanej przez powoda w związku z nienależytym wykonaniem przez niego umowy. Z uwagi na to, iż powód nie dotrzymał umownego terminu realizacji robót, inwestor zgodnie z warunkami umowy, obciążył go karą umowną w kwocie 81.169, 48 zł, a następnie w piśmie z 10 lutego 2012 r. złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu tej kwoty z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia.

Wyrokiem z 3 października 2016 r., Sąd Okręgowy w Katowicach w pkt 1/ zasądził od pozwanej na rzecz powoda 176.887,14 zł z ustawowymi odsetkami od 16 kwietnia 2012 r., w pkt 2/ zasądził od pozwanej na rzecz powoda 81.169,48 zł z ustawowymi odsetkami od 21 stycznia 2012 r., w pkt 3/ zasądził od pozwanej na rzecz powoda 22.138 zł kosztów procesu, w pkt 4/ nakazał pobranie od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Katowicach 2.288,25 zł tytułem zwrotu wydatków.

W uzasadnieniu wyroku sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że 5 sierpnia 2011 r. strony zawarły umowę oznaczoną numerem (...), której przedmiotem była przebudowa obiektów sportowych w ramach programu (...), przy Szkole Podstawowej nr (...) w Ś., zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie z dnia 15 lipca 2011 r. stanowiącej załącznik do umowy. W § (...) umowy wskazano, że szczegółowy zakres robót został opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiących załącznik nr (...) do umowy. Natomiast § (...) umowy stanowił, że wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami. Realizacja zadania obejmowała budowę boiska do piłki nożnej, budowę boiska wielofunkcyjnego, ogrodzenie terenu, montaż oświetlenia, budowę chodników i zaplecza sanitarno-szatniowego. Strony ustaliły w § (...) umowy, że terminem rozpoczęcia robót będzie dzień protokolarnego przekazania wykonawcy placu budowy, a zakończenie robót ma nastąpić nie później niż 90 dni kalendarzowych od tej daty. Za wykonanie umowy zostało uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.352.824,59 zł brutto, zastrzeżono przy tym, że obejmuje ono wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową, oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Wskazano, że niedoszacowanie, pominięcie, oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy, nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego (§ (...) umowy). Strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (§ (...) umowy).

Przekazanie terenu budowy nastąpiło 18 sierpnia 2011 r. Na zlecenie powoda geodeta wytyczył oba boiska 23 sierpnia 2011 r. Wytyczenie zostało wykonane w oparciu o mapę załączoną do projektu, przygotowaną przez pozwaną i było zgodne z tą mapą. W toku wykonywania robót okazało się, że w projekcie nieprawidłowo przewidziano, iż wystarczające pod planowane ogrodzenie będzie wykonanie cokołu betonowego, a tymczasem zgodnie ze sztuką budowlaną, zważywszy na ukształtowanie terenu, konieczne było wykonanie muru oporowego. Kierownik budowy 26 września 2011 r. zamieścił wpis w dzienniku budowy z propozycją wykonania muru oporowego od strony północnej. Po ostatecznym wskazaniu rodzaju muru oporowego, inspektor nadzoru inwestorskiego zaakceptował taką potrzebę i

sporządził projekt zamienny. Powód wykonał mur oporowy nie przewidziany w projekcie. W czasie wykonywania prac okazało się jeszcze, że wykonana część boiska wkracza na teren nieruchomości sąsiedniej, należącej do osoby trzeciej. Na zlecenie powoda geodeta wznowił granice nieruchomości, potwierdzając, że naruszono przy budowie cudzą własność. Zrodziło to konieczność wykonania prac dodatkowych w postaci zlikwidowania wykonanego już chodnika między boiskami, przełożenia obrzeży, częściowej przebudowy drenażu, przesunięcia 2 słupów oświetleniowych. W związku z koniecznością wykonania muru oporowego powód dodatkowo musiał zrobić wykop w ziemi. Łączna wartość prac dodatkowych to 176.887,14 zł. Konieczność realizacji tych robót spowodowała, iż powód nie ukończył robót w uzgodnionym terminie, lecz z 20 dniowym opóźnieniem. Pozwana odebrała całość wykonanych prac 16 grudnia 2011 r. Pozwana odmówiła zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe, powołując się przede wszystkim na to, że uzgodnione wynagrodzenie jest ryczałtowe i nie może ulec zmianie, a konieczność wykonania robót dodatkowych to wynik błędów powoda. Powód wystawił pozwanej faktury VAT: nr (...) z 7 października 2011 r. na 500.000zł i nr (...) z 20 grudnia 2011 r. na 852.824,58 zł z terminem płatności 19 stycznia 2012 r. Należność z drugiej faktury pozwana uregulowała do 771.655,10 zł, do zapłaty pozostało 81.169,48 zł. Pozwana nie zapłaciła tej należności, ponieważ z powodu 20 dniowej zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia naliczyła karę umowną w wysokości 81.169,48 zł i złożyła w dniu 10 lutego 2012 r. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury nr (...) z 20 grudnia 2011 r.

Uzasadniając przyczyny uwzględnienia obu powództw, sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że konieczność wykonania muru oporowego wynikała z błędów projektu. Prace przy murze oporowym to prace dodatkowe, które wydłużyły cykl budowy o około 3 tygodnie. Sąd nie podzielił stanowiska pozwanej co do tego, iż konieczność wykonania muru oporowego wynikała z podwyższenia poziomu boiska przez powoda o około 50 cm. Powołał się przy tym dla uzasadnienia swego stanowiska na zeznania świadków J. K., J. J. i I. K., oraz opinię biegłego geodety i zeznania powoda, z których wynikało, że boisko zostało obniżone o około 30 cm. Sąd pierwszej instancji wskazał, że gdyby w istocie podniesiono poziom boiska o około 50 cm., to powinien potwierdzać to wpis w dzienniku budowy, a takiego wpisu nie ma.

Dla potwierdzenia ustaleń co do błędu projektu, który był przyczyną wytyczenia boiska częściowo na nieruchomości nie należącej do pozwanej, sąd powołał dowód z opinii biegłego geodety, który kategorycznie stwierdził, że wytyczenie nastąpiło zgodnie z mapą załączoną do projektu, która została wadliwie sporządzona przez projektanta.

Ustalenia co do wysokości kosztów wykonania prac dodatkowych, sąd pierwszej instancji oparł na dowodzie z opinii biegłego z dziedziny budownictwa, który zweryfikował poprawność sporządzonego w tym zakresie kosztorysu. Konieczność wykonania prac dodatkowych i błędy projektu spowodowały zaistnienie 20 dniowego opóźnienia w wykonaniu zamówienia.

Uzasadniając podstawę prawną rozstrzygnięcia co do zasądzenia 81.169,48 zł z odsetkami, sąd pierwszej instancji powołał się na art. 647 k.c., wyjaśniając, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Oświadczenie pozwanej o potrąceniu wierzytelności z tytułu naliczenia kary umownej w kwocie 81.169,48 zł było nieskuteczne, ponieważ choć doszło do wykonania umowy z przekroczeniem o 20 dni terminu umownego, jednak to opóźnienie nie wynikało z przyczyn zawinionych przez powoda. Odpowiedzialność za zapłatę kary umownej jest odpowiedzialnością dłużnika z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, która oparta jest na zasadzie winy. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik, który chce się uwolnić od odpowiedzialności, musi wykazać, że niewykonanie zobowiązania lub nienależyte jego wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Powód wykazał, że do wykonania umowy po terminie doszło z wyłącznej winy pozwanej. Pozwana miała obowiązek należytego zorganizowanie procesu budowy, a w szczególności zapewnienia opracowania projektu budowlanego i wszelkiej niezbędnej do realizacji umowy dokumentacji technicznej. Pozwana nie sprostала temu obowiązkowi. Dostarczyła powodowi dokumentację dotkniętą błędami i nieprawidłowościami. Te błędy właśnie sprawiły, że doszło do wytyczenia boiska częściowo na nieruchomości nie należącej do gminy, oraz w projekcie nie przewidziano wykonania muru oporowego, który był niezbędny by wykonać prace zgodnie ze sztuką budowlaną. Konsekwencją było przekroczenie terminu wykonania umowy. Wykonawca ma co prawda, zgodnie z art. 651 k.c., obowiązek sprawdzania poprawności dostarczonej mu dokumentacji projektowej, jednak sprawdzenie dokumentacji ma charakter wstępny i nie można wymagać od powoda,

aby przed rozpoczęciem wykonania zadania błędy wykrył. Sąd pierwszej instancji przywołał dla potwierdzenia swego stanowiska poglądy Sądu Najwyższego wyrażone w wyrokach z 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173, oraz z 26 czerwca 2008 r., sygn. akt II CSK 101/2008, LexisNexis nr 2786510. Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Okręgowy uznał, iż do opóźnienia w realizacji umowy doszło z przyczyn, za które nie można powodowi przypisać odpowiedzialności, to zaś czyni powództwo zasadnym.

Uzasadniając zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda 176.887,14 zł z odsetkami, Sąd Okręgowy wskazał, że prace opisane w kosztorysie zostały wykonane na skutek błędów dokumentacji projektowej. Definicji robót dodatkowych strony nie zawarły w umowie. Do robót takich zalicza się zarówno roboty zlecane przez inwestora ze względu na dokonanie zmian w projekcie czy realizacji (prace dodatkowe wykonane na życzenie inwestora), jak i roboty, które są konieczne do zrealizowania inwestycji, a których nie można było przewidzieć nawet przy dołożeniu należytej staranności (prace dodatkowe konieczne). Przy czym sąd rozróżnił w tym wypadku prace dodatkowe, a były nimi te dotyczące wykonania muru oporowego, od prac wynikających z przekroczenia granic sąsiedniej nieruchomości, które były co do zasady przewidziane w umowie. Nie doszło tu więc do wzbogacenia pozwanej. W normalnym, prawidłowym toku realizacji umowy ten zakres robót nie wystąpiłby. Konieczność wykonania tych prac wynikała z błędów w dokumentacji dostarczonej wykonawcy przez inwestora. Zgodnie z umową obowiązek dostarczenia dokumentacji gwarantującej prawidłową realizację umowy należał do inwestora. Pozwana tego zobowiązania umownego nie wypełniła, a powód chcąc doprowadzić inwestycję do końca, zgodnie zakresem rzeczowym robót wynikającym z umowy, zmuszony był do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z pracami koniecznymi do przesunięcia płyty boiska i ponownego jej wykonania. Koszt robót z tym związanych stanowi szkodę powoda, za którą pozwana odpowiada na podstawie art. 471 k.c., natomiast wykonanie muru oporowego wzbogaciło bezpodstawnie pozwaną.

Uzasadniając rozstrzygnięcie o kosztach procesu, sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że orzekł o nich na podstawie art. 98 k.p.c. W skład zasądzonej kwoty 22.138 zł weszły: 4.059 zł i 8.845 zł tytułem opłaty od pozwów, 2.000 zł tytułem zaliczki na wydatki, oraz koszty zastępstwa procesowego dwa razy po 3.617 zł. Nadto sąd zgodnie z art. 113 ust 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, nakazał pobranie od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Katowicach 2.288,25 zł.

Apelację od wyroku sądu pierwszej instancji wniosła pozwana, zarzucając w niej: 1) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne ustalenie, że powód prawidłowo wytyczył obiekty, które były przedmiotem umowy, 2) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, 3) naruszenie przepisu art. 316 § 1 k.p.c. oraz art. 325 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. oraz art. 233 k.p.c. poprzez nierozpoznanie istoty sprawy, niezbadanie materialnej podstawy żądania pozwu i pominięcie merytorycznych zarzutów zgłoszonych przez pozwaną w odpowiedzi na pozew, a tym samym brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego, 4) naruszenie prawa materialnego art. 6 k.c. i 471 k.c. oraz art. 472 k.c. w zw. z art. 22 ust 1, 2, 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz § 8 i § 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r. poprzez ich błędną wykładnię tj. nie uzasadnione stwierdzenie, że pozwana nie wykazała winy w niedochowaniu terminu realizacji umowy przez powoda, podczas gdy ciężar dowodu przesłanek egzoneracyjnych spoczywał na powodzie, 5) naruszenie prawa materialnego art. 22 ust 1, 2, 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz § 8 i § 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r., poprzez ich nie zastosowanie i w konsekwencji nie ustalenie lub zniesienie odpowiedzialności powoda za wadliwe wytyczenie budowanych obiektów, skutkujące koniecznością przeprowadzenia prac naprawczych, uznanych błędnie przez powoda za dodatkowe.

Uzasadniając pierwszy zarzut, skarżąca wyjaśniła, że sąd błędnie ustalił, iż wytyczenie obiektów wykonane na zlecenie powoda, nastąpiło zgodnie z projektem budowlanym, to jest mapą zagospodarowania terenu. Sąd oparł się w tym przedmiocie na opinii biegłego geodety, który jednak w opinii stwierdził, że wytyczenie zostało wykonane częściowo zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r., co

oznacza przecież, że w pozostałym zakresie zostało wykonane niezgodnie z tym rozporządzeniem. Ponadto geodeta wykonujący wytyczenie błędnie założył równoległość granicy działki i budowanych obiektów do krawędzi budynku szkoły. Pozwana zwracała na to uwagę już w piśmie z 10 grudnia 2015 r. Analiza rysunków zagospodarowania terenu oraz szkicu z pomiaru kontrolnego boisk wykazuje, że boiska nie powinny być usytuowane równolegle do budynku szkoły, natomiast powinny być zrealizowane w odsunięciu od granicy działki w części północnej. Odległość od budynku szkoły do granicy działki w części północnej jest zmienna i zmniejsza się w kierunku wschodnim. Ponadto sąd pominął dowód z pomiaru kontrolnego boiska (niwelacji technicznej), który potwierdza, że płytę boiska do piłki nożnej podniesiono na etapie realizacji w stosunku do rzędnych projektowych o 51 cm w narożniku północno-zachodnim oraz o 60 cm w narożniku północno-wschodnim.

Uzasadniając drugi zarzut, skarżąca wyjaśniła, że sąd w sposób dowolny ocenił opinię biegłych z dziedziny budownictwa i geodezji, opierając na tych dowodach swe ustalenia. Tymczasem jeśli chodzi o opinię biegłego z dziedziny budownictwa to w pkt 2 opinii, w którym biegły wskazał rozporządzenia i literaturę techniczną wykorzystane w opracowaniu, nie wymieniono aktów prawnych o podstawowym znaczeniu, a to ustawy prawo budowlane, rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r., rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, ustawy z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. Biegły w punkcie 3 opinii, nie uwzględnił pomiaru geodezyjnego powykonawczego wykonanego na zlecenie powoda przez D. Ś.. Z tego pomiaru wynika, że boiska zostały zaprojektowane równolegle do północnej granicy działki, a zostały wytyczone równolegle do budynku szkoły. Biegły ponadto wyrażając opinię o konieczności wykonania muru oporowego, nie wziął pod uwagę faktu, że konieczność ta wyniknęła na skutek podwyższenia poziomu płyty boiska na etapie realizacji. Cokół ogrodzenia przewidziany w projekcie byłby wystarczający, gdyby zachowano rzędne boiska przewidziane w projekcie. Fakt podniesienia poziomu boiska wynika zaś z niwelacji technicznej wykonanej na zlecenie pozwanej. Biegły nie przeanalizował także wpisu w dzienniku budowy z 26 września 2011 r., z którego wynika, że nie dokonano go z powodu błędów projektu. Biegły w punktach 4, 5 i 6 opinii nie wziął pod uwagę, że w dzienniku budowy nie zamieszczono żadnego wpisu o rzekomej wadliwości projektu. Nie ocenił także należyście, że w dacie pierwszego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego z 17 listopada 2011 r., nie zostały zakończone prace przy zapleczu szatniowo sanitarnym, a tego obszaru nie dotyczyły żadne podnoszone wady projektu. Nie zwrócił także uwagi, że prace, które określił jako dodatkowe, w istocie mieściły się w pierwotnym przedmiocie prac określonych w umowie. Pominął fakt, że w dzienniku budowy nie zamieszczono wpisu o wadliwym projekcie w zakresie oznaczenia usytuowania boisk, co miało rzekomo zdecydować o błędnym ich wytyczeniu. Biegły ponadto źle zinterpretował przepisy umowy łączącej strony i ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem, gdyby uczynił to prawidłowo, to wynika z nich, że pozwana nie mogła zgodzić się na zmianę terminu wykonania umowy przez powoda. Biegły przyjął bezkrytycznie treść opinii biegłego geodety, nie zwracając uwagi na to, że wytyczenie obiektów nastąpiło bez odniesienia się do granic nieruchomości, że był za to odpowiedzialny kierownik budowy, że to on powinien w sposób prawidłowy prowadzić dziennik budowy, w którym brak było wpisów o istotnym znaczeniu. Biegły pominął także fakt, że w umowie łączącej strony przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, a więc to wykonawca ponosił ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając trzeci zarzut, skarżąca wskazała, że istota sprawy sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy opóźnienie w oddaniu obiektów w terminie umownym było wywołane przez wadliwe wytyczenie boisk, czy pozwana dokonała skutecznie potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, oraz czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej. Sąd w tym zakresie błędnie przyjął wadliwość projektu budowlanego, gdy w istocie to wadliwe wytyczenie obiektu w terenie spowodowało wybudowanie go z naruszeniem granic nieruchomości, co wymusiło wykonanie prac w celu przesunięcia zrealizowanych robót. Powód zareagował na zaistniały stan rzeczy dopiero na etapie wykonania prac w około 90%. Pozwana domagała się, aby powód wskazał osoby, które uczestniczyły w

wytyczeniu w terenie obiektów budowlanych w celu ich przesłuchania. Sąd nie rozpoznał tego wniosku dowodowego, choć zgłoszono go w piśmie z 28 marca 2013 r.

Uzasadniając czwarty zarzut, pozwana wyjaśniła, że z przytoczonych przepisów prawa materialnego wynika, że to powód był zobowiązany do identyfikacji terenu budowy oraz wytyczenia obiektów w terenie, a skoro zgłosił nieprawidłowości po wykonaniu 90% prac, to należy przyjąć, że odpowiada za zaistniałą sytuację, a przynajmniej w znaczący sposób przyczynił się do wystąpienia kosztów związanych z pracami naprawczymi.

Uzasadniając piąty zarzut, skarżąca wskazała, że zgodnie z zawartą przez strony umową to powód miał zapewnić kierownika budowy. Do obowiązków kierownika budowy należało zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu i prowadzenie dokumentacji budowy. Sąd w niniejszej sprawie nie ustalił czy kierownik budowy wypełnił swe obowiązki w tym zakresie, opinia biegłego sądowego z dziedziny geodezji jest ogólnikowa, co powoduje jej wadliwość i brak możliwości weryfikacji jej poprawności. To zaś uzasadnia powtórzenie postępowania dowodowego.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie obu powództw z zasądzeniem kosztów procesu, ewentualnie uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania .

Powód wniósł odpowiedź na apelację, w której domagał się jej oddalenia i zasądzenia od pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego. Wyraził stanowisko, że wyrok sądu pierwszej instancji jest prawidłowy. W szczególności powód udowodnił, że nie był w stanie wykonać przedmiotu umowy w terminie z uwagi na wadliwość projektu. Najpoważniejsze wady dotyczyły nie zaprojektowania muru oporowego, oraz zaprojektowania obiektu w części na nieruchomości sąsiedniej. Wadliwości projektu obciążają pozwaną, były to przyczyny opóźnienia nie zawinione przez powoda. W apelacji nie wykazano, aby ocena dowodów dokonana przez sąd była wadliwa, nie wykazano także, aby sąd nie rozpoznał istoty sprawy. W szczególności sąd pierwszej instancji słusznie oparł się na opinii biegłego geodety, z której wynika, że wytyczenie obiektów nastąpiło zgodnie z projektem. Brak rzędnych wysokościowych poziomów 0,00, czyni niewiarygodnym twierdzenie pozwanej o rzekomym podwyższeniu poziomu boisk, na co także wskazywał biegły geodeta. Pozwana nie zgłosiła w terminie zarzutów do opinii biegłego geodety, zgłaszane zatem po terminie dowody z dokumentów prywatnych nie mogą sanować tego błędu, który popełniono w toku procesu.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja pozwanej jest zasadna jedynie w części.

Sąd Okręgowy poczynił w zdecydowanej większości prawidłowe ustalenia faktyczne, które w tym zakresie znajdują oparcie w zgromadzonych dowodach. Sąd Apelacyjny w akceptuje te ustalenia i czyni je własnymi, za wyjątkiem tych, które przedstawiono poniżej.

Dokonując analizy zarzutów zawartych w apelacji na wstępie należy podkreślić, że skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., wymaga aby skarżący wskazał konkretne uchybienia w zakresie oceny dowodów, jakich dopuścił się sąd pierwszej instancji, a które polegały na naruszeniu zasad logiki, doświadczenia życiowego czy zdrowego rozsądku. Nie jest natomiast wystarczające przedstawienie przez skarżącego własnej wersji wydarzeń, choćby była równie prawdopodobna jak ta przyjęta przez sąd, a tym bardziej nie może odnieść żadnego skutku proste zanegowanie ustalonych w sprawie faktów.

Sąd Apelacyjny ocenił jako w części zasadny zarzut pierwszy podniesiony w apelacji, naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne ustalenie, że powód prawidłowo wytyczył obiekty, które były przedmiotem umowy. Sąd pierwszej instancji prawidłowo odwołał się czyniąc ustalenia faktyczne w tym przedmiocie do opinii biegłego geodety, bowiem zagadnienie to wymaga wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.). Dowód z opinii biegłego geodety dopuszczono 26 kwietnia 2013 r.-k.182. Opinia biegłego geodety odwoływała się do przepisów rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r. Dz.U. Nr 25, poz. 133. Zgodnie

z § 10 ust 1 w/w rozporządzenia, geodezyjne wytyczenie obiektów budowlanych w terenie służy przestrzennemu usytuowaniu tych obiektów zgodnie z projektem budowlanym, a w szczególności zachowaniu przewidzianego w projekcie położenia wyznaczonych obiektów względem obiektów istniejących i wznoszonych oraz względem granic nieruchomości. Słusznie skarżąca wskazała, że z opinii biegłego geodety wynika jednoznacznie, że wytyczenie zostało wykonane tylko częściowo zgodnie z przepisami cytowanego rozporządzenia, co oznacza, że częściowo było z nimi niezgodne. Z opinii biegłego wynika, że „...szkic wytyczenia został wykonany w jedyny możliwy do interpretacji sposób, zgodnie z załączonym projektem budowlanym-rys. nr 2...”. Rysunek nr 2 przywołany przez biegłego to projekt zagospodarowania terenu załączony do projektu budowlanego. Z rysunku tego wynika, że projektowane boisko (większe), miało powstać po rozebraniu istniejącego ogrodzenia, które nie przebiegało w granicy z sąsiednią nieruchomością. Jednak zgodnie z projektem zagospodarowania, boisko to w całości miało znajdować się na nieruchomości pozwanej. Przy wytyczeniu odwołano się prawidłowo do rysunku nr 2, zatem wytyczenie odbyło się zgodnie z projektem, lecz zaniechano wbrew wymaganiom wynikającym z § 10 ust 1, zachowania położenia wytyczanych obiektów względem granic nieruchomości. Istniejące ogrodzenie nie biegło w granicy nieruchomości, ogrodzenie to miało być rozebrane i miano wykonać nowe. Zatem przy wytyczeniu, geodeta działający na zlecenie powoda, powinien był ustalić przebieg granicy i odnieść wytyczane obiekty nie tylko do projektu i istniejącego budynku szkoły, ale także do granic nieruchomości pozwanej. Biegły zwrócił uwagę, że wadliwość mapy w oparciu o którą wykonano wytyczenie, mogła polegać na tym, że choć formalnie była ona sporządzona w tej samej skali, to jednak kserowanie, skanowanie oraz wilgoć mogą zmieniać ich wielkość w granicach 1-2%. Z opinii biegłego wynika więc, że gdyby nie wadliwość projektu, nawet nie ustalenie przebiegu granic przy wytyczeniu, nie doprowadziłoby do naruszenia podczas budowy własności nieruchomości sąsiedniej. Sąd pierwszej instancji ocenił dowód z opinii biegłego prawidłowo, słusznie dając mu wiarę. Omawiane zagadnienie wymagało wiadomości specjalnych, biegły w sposób kategoryczny, jasny, zrozumiały wyjaśnił te kwestie. Jednak sąd pierwszej instancji wyciągnął wnioski z tej opinii niejako połowicznie. Przyjął prawidłowo, że projekt budowlany był wadliwy. Jednak pominął znaczenie przepisów cytowanego rozporządzenia, adresowanych do podmiotu wytyczającego obiekt w terenie. Obowiązek prawidłowego wytyczenia obiektu, spoczywał zgodnie z umową na powodzie, który zapewniał kierownika budowy. Powód nie mógł więc poprzestać na stwierdzeniu, że wytyczenie jest zgodne z projektem, powinien jeszcze stwierdzić jaki jest przebieg granic i odnieść wytyczane obiekty do nich, czego nie uczynił do czasu interwencji właściciela sąsiedniej nieruchomości, na której w części posadowiono jedno z boisk. Odpowiedzialność za nieprawidłowe wytyczenie spoczywa więc na obu stronach umowy. Wina pozwanej polegała na tym, że przekazała powodowi wadliwy projekt budowlany, zawierający źle sporządzony projekt zagospodarowania terenu czyli rys. nr 2. Zgodnie z rozporządzeniem z 21 lutego 1995 r. to projekt budowlany miał być w pierwszym rzędzie podstawą wytyczenia, które miało być z nim zgodne. Wina powoda polegała na tym, że zlecając geodecie wytyczenie nie uzyskał odniesienia obiektów względem granic nieruchomości, choć z projektu wynikało, że boiska mają w całości znaleźć się na nieruchomości pozwanej.

W zarzucie skarżący podnosił, że zgłaszał zastrzeżenia do opinii w piśmie z 10 grudnia 2015 r. Wypada więc podkreślić, że opinia biegłego geodety wpłynęła do sądu w dniu 31 lipca 2013 r. W dniu 1 sierpnia 2013 r. wydano zarządzenie o doręczeniu odpisów opinii pełnomocnikom stron z zobowiązaniem by w terminie 14 dni się do niej odnieśli, pod rygorem pominięcia zgłaszanych po tym terminie twierdzeń, zarzutów i wniosków. Odpis opinii wysłano pozwanej do rąk jej pełnomocnika radcy prawnego P. U. na adres Zespołu Radców Prawnych Urzędu Miasta (...). Przesyłki nie podjęto, umieszczono na niej jedynie adnotację, że pełnomocnik nie pracuje już w Urzędzie Miasta. Pozwana o wypowiedzeniu pełnomocnictwa radcy prawnemu P. U. zawiadomiła sąd dopiero pismem z 7 października 2013 r., które do sądu wpłynęło 22 października 2013 r. Zgodnie z art. 94 § 1 k.p.c. wypowiedzenie pełnomocnictwa procesowego przez mocodawcę odnosi skutek prawny w stosunku do sądu z chwilą zawiadomienia go o tym. Doręczenie odpisu opinii biegłego pozwanej było więc skuteczne i termin do wniesienia zarzutów do opinii upłynął 6 września 2013 r.–k.198.

Powoływane przez skarżącą pismo z 10 grudnia 2015 r.–k.324-331, zawiera zarzuty do opinii biegłego z dziedziny budownictwa. W jego treści nawiązywano także do opinii biegłego geodety, tyle tylko, że gdyby stanowisko to traktować jako zarzuty także do tej opinii, to były już spóźnione o przeszło rok. Ani w tym piśmie, ani po doręczeniu

jeszcze raz pełnomocnikowi pozwanej odpisu opinii geodety na rozprawie 15.06.2016 r., pozwana nie wносиła o uzupełnienie opinii, o wezwanie biegłego na rozprawę, o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z tej dziedziny.

Pozwana stawiała także zarzut, iż sąd nie uwzględnił pomiaru kontrolnego boisk (niwelacji technicznej), który dowodzi, że poziom boisk został podniesiony w stosunku do założeń projektu. Pomiar ten pozwana złożyła na rozprawie 26 września 2016 r., a pochodzi on z 2012 r. W żaden sposób nie mógł się do niego odnieść biegły geodeta, który opinię wydał w lipcu 2013 r. Dokument ten był już wówczas w posiadaniu pozwanej i mogła domagać się, aby biegły się z nim zapoznał i do niego odniósł. Pozwana formułując pytania do biegłego geodety w piśmie z 28 marca 2013 r. nie odwoływała się do tego dokumentu. Powołaniu tego dokumentu nie towarzyszyło i tym razem złożenie wniosku dowodowego o uzupełnienie opinii przez biegłego geodetę. Tymczasem kwestia podniesienia lub obniżenia poziomu boisk, z odwołaniem się do map sporządzonych przed i po niwelacji terenu, wymaga wiadomości specjalnych. Z opinii biegłego geodety wynika, że nie sposób z odwołaniem się do projektu budowlanego czynić ustaleń w tym względzie, bowiem nie zawiera on podania poziomu 0,00. Jeśli do tego się doda, że sam projekt w tym zakresie był wadliwie sporządzony, to czynienie z niego punktu odniesienia do ustaleń w tym przedmiocie jest niemożliwe. Na zakończenie co do tego zarzutu należy wskazać, że opinia biegłego z dziedziny budownictwa nie była podstawą ustaleń w zakresie błędów poczynionych przy wytyczeniu obiektów, gdyż biegły nie ma wiedzy specjalnej w tym zakresie. Odwoływał się jedynie do ustaleń wynikających z opinii biegłego geodety.

Sąd Apelacyjny ocenił jako w części zasadny zarzut drugi podniesiony w apelacji, naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów. Zarzut ten był zasadny tylko w zakresie oceny dowodu z opinii biegłego z dziedziny geodezji, o czym pisano wyżej, omawiając zarzut pierwszy. W całości oceniono go jako niezasadny w zakresie w jakim odnosił się do dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa. Sąd pierwszej instancji prawidłowo, nie naruszając zasad swobodnej oceny dowodów, ocenił ten dowód, respektując zasady wynikające z art. 233 § 1 k.p.c. Fakt wymienienia, lub nie wymienienia przez biegłego w opinii aktów prawnych powoływanych przez skarżącą, miałyby znaczenie tylko wtedy, gdyby skarżąca wykazała, że biegły wydając opinię niewłaściwie zastosował lub nie zastosował wskazywane przepisy, co miało wpływ na treść opinii. Takiego wniosku jednak nie da się wyprowadzić co do opinii, zaś polemika pozwanej jest w tym zakresie dowolna. Ocena opinii biegłego, to ocena dokonywana pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności. Przy dokonywaniu tej oceny uwzględnia się takie kryteria jak poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania stanowiska, stopień stanowczości wyrażanych w niej ocen, zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 czerwca 2009 r., V ACa 139/09). Nie powołanie przez biegłego wskazywanych aktów prawnych, bez wyjaśnienia w jaki sposób to wpływa na kryteria oceny opinii biegłego, jest niczym innym jak polemiką z opinią, wynikającą z niezadowolenia strony z jej wyniku. Biegły z dziedziny budownictwa, z uwagi na swą specjalność nie mógł uwzględniać pomiaru geodezyjnego powykonawczego, w celu oceny czy boiska miały być wykonane równoległe do północnej granicy nieruchomości pozwanej, czy równoległe do krawędzi ściany szkoły podstawowej. To są zagadnienia z zakresu specjalności biegłego geodety. Nie mógł także oceniać czy doszło do podwyższenia poziomu boisk, bo to zagadnienie także nie należy do jego specjalności. Sąd pierwszej instancji czyniąc ustalenia w tym zakresie (czy podwyższono, czy obniżono poziom boisk), nie opierał się na opinii biegłego z dziedziny budownictwa, tylko na zeznaniach wskazanych w uzasadnieniu wyroku świadków i powoda, oraz opinii biegłego geodety. Biegły z dziedziny budownictwa jedynie w oparciu o zapisy w dzienniku budowy wskazał, że konieczność wykonania muru oporowego wyniknęła w czasie budowy. Fakt ten zaś w znaczący sposób wpłynął na zakres robót i przekroczenie terminu ich zakończenia. Słusznie biegły zwracał uwagę na to, że wpisy w dzienniku budowy o konieczności wykonania muru oporowego zostały zaakceptowane przez inspektora nadzoru inwestorskiego i spowodowały konieczność wykonania projektu tegoż muru przez Z. P., będącego autorem projektu i zarazem inspektorem nadzoru. Wobec prawidłowego ustalenia sądu pierwszej instancji, iż nie doszło do podwyższenia poziomu płyty boiska, tylko poziom ten obniżono, logiczne jest wnioskowanie, iż konieczność wykonania muru oporowego wynikała wyłącznie z błędu projektu. Dziennik budowy to dokument prywatny. Jest faktem, że nie ma w nim wpisów o błędach projektu, tak samo jak jest faktem, że w projekcie nie uwzględniono konieczności przebudowy studni S-2. W dzienniku budowy pod datą 14 września 2011 r. zamieszczono wpis o konieczności przebudowy studni, nie opatrując go adnotacją, że wynika ona z błędu projektu. Gdyby wykonawca zgłaszał potrzebę wykonania zbędnych prac, nie przewidzianych w projekcie, to z pewnością

inspektor nadzoru nie wyraziłby na nie zgody, skoro budowę miano realizować zgodnie z projektem. Nie brałby na siebie obowiązku wykonania projektu muru oporowego, a jednak to zrobił. Gdyby doszło do podwyższenia poziomu boiska i to o około pół metra, to także z pewnością należałoby spodziewać się reakcji inspektora nadzoru i stosownego wpisu z jego strony w dzienniku budowy. Jednak takiego wpisu także nie ma, a są inne np. z 15 września 2011 r., 22 września 2011 r., z których wynika, że inspektor nadzoru aktywnie uczestniczył w procesie budowy, dokonywał wpisów, w których żądał np. intensyfikacji prac, zwracał uwagę na ewentualne uchybienia.

Jest faktem, że w dacie, w której wg umowy miało dojść do odbioru końcowego, nie zakończono prac przy zapleczu sanitarno szatniowym. Jednak nie stanowi to dowodu, że konieczność prac związanych z częściową rozbiórką już wykonanego boiska, przeniesieniem wskazywanych elementów infrastruktury nie miała żadnego znaczenia dla opóźnienia wykonania w terminie umowy.

Dalsze zarzuty wobec opinii biegłego odnoszące się do tego, że źle zinterpretował przepisy umowy łączącej strony, charakter wynagrodzenia ryczałtowego, przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, oraz opinie biegłego geodety, są mylnie kierowane. Biegły nie jest władny do dokonywania oceny dowodów, ani wykładni przepisów prawa powszechnie obowiązującego, czy umów. Zarzuty te powinny być kierowane do sądu, a nie do opinii biegłego.

Sąd Apelacyjny ocenił jako niezasadny zarzut trzeci podniesiony w apelacji, naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. oraz art. 325 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. oraz art. 233 k.p.c., poprzez nierozpoznanie istoty sprawy, niezbadanie materialnej podstawy żądania pozwu i pominięcie merytorycznych zarzutów zgłoszonych przez pozwaną w odpowiedzi na pozew, a tym samym brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego. Do niepoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji dochodzi w razie zaniechania zbadania przez ten sąd, obojętnie z jakiej przyczyny, materialnej przesłanki żądania powoda. Może to być m.in. wynikiem wydania wyroku w innej sprawie niż przedstawiona w powództwie. Oceny, czy sąd rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego z 5 listopada 2013 r., II PZ 27/13, z 21 maja 2015 r., IV CZ 10/15, z 10 września 2015 r., II CZ 52/15, z 8 września 2016 r., II CZ 96/16 i z 9 lutego 2017 r., III CZ 63/16). Wbrew skarżącej, sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy. Ustalił bowiem czy wytyczenie boisk było wadliwe (przy czym niesłusznie obciążył tą wadliwością wyłącznie pozwaną), z czego wynikało opóźnienie w oddaniu obiektów w terminie umownym, czy pozwana skutecznie potrafiła wierzytelność z tytułu kary umownej, oraz wykonanie jakich prac bezpodstawnie wzbogaciło pozwaną, czemu dał wyraz w uzasadnieniu wyroku. Fakt, że pozwana nie zgadza się z tymi ustaleniami, nie oznacza, że doszło do nierozpoznania sprawy co do istoty. To, że powód dowiedział się o przekroczeniu granic nieruchomości sąsiedniej na etapie wykonania prac w około 90% nie ma znaczenia dla oceny zasadności tego zarzutu. W żaden sposób nie sanuje to wadliwości projektu i winy pozwanej w tym przedmiocie, jak i winy powoda z uwagi na zaniechania w zakresie odniesienia projektowanych boisk do granic nieruchomości.

W istocie sąd nie rozpoznał wniosku dowodowego pozwanej, zawartego w piśmie z 28 marca 2013 r.-k.178, o zobowiązanie powoda do wskazania osób dokonujących na zlecenie powoda wytyczenia w terenie obiektów budowlanych, celem przesłuchania ich na okoliczność sposobu w jaki dokonywali tej czynności. Z formalnego punktu widzenia jest to błąd, który jednak nie miał żadnego znaczenia dla wyniku postępowania. Otóż pozwana przed złożeniem tego pisma wiedziała, że szkic wytyczenia sporządził geodeta A. A., ponieważ dokument ten był załącznikiem do pozwu-k.33. Na tym dokumencie znajdował się także adres geodety. Na ten dokument pozwana powoływała się w piśmie z 26 listopada 2012 r.-k.175. Pozwana złożyła do akt dziennik budowy przy piśmie z 28 sierpnia 2012 r.-k.120a, a w dzienniku budowy ujawniono wpis z 6 września 2011 r. geodety wykonującego wytyczenie obrzeży dwóch boisk. Był to G. S.. Zatem nic nie stało na przeszkodzie, aby pozwana złożyła wniosek dowodowy o wezwanie w/w osób i przesłuchanie ich na rozprawie. Złożyła natomiast wniosek dowodowy, z którego zdaje się wynikać, że nie wiedziała kto dokonywał wytyczenia. Zaniechanie pozwanej w zakresie składania wniosków dowodowych, zważywszy, że przez cały czas postępowania była reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników, nie może aktualnie być wykorzystywane jako zarzut adresowany do sposobu prowadzenia postępowania przez sąd.

Sąd Apelacyjny ocenił jako w części zasadny zarzut czwarty podniesiony w apelacji, naruszenia prawa materialnego art. 6 k.c. i 471 k.c. oraz art. 472 k.c. w zw. z art. 22 ust 1, 2, 3 ustawy 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz § 8

i § 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r., poprzez ich błędną wykładnię tj. nie uzasadnione stwierdzenie, że pozwana nie wykazała winy w niedochowaniu terminu realizacji umowy przez powoda, podczas gdy ciężar dowodu przesłanek egzoneracyjnych spoczywał na powodzie. Zarzut ten jest zasadny w zakresie naruszenia § 10 ust 1 rozporządzenia z 21 lutego 1995 r., o czym była mowa już wyżej, zatem nie ma potrzeby przytaczania ponownie tej samej argumentacji. Błędem sądu pierwszej instancji było przyjęcie, że niewłaściwe wytyczenie obiektów było wyłącznie wynikiem błędu projektu, gdy z cytowanego przepisu wynika, że odpowiedzialność obciąża zarówno inwestora, jak i wykonawcę. Obie strony procesu budowlanego nie dochowały należytej staranności, o której mowa w art. 472 k.c. Jest natomiast poza sporem, że z art. 22 ustawy prawo budowlane wynika, że to do obowiązków kierownika budowy należy prowadzenie dokumentacji budowy i zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu. To jednak nie zwalniało inwestora od dostarczenia niewadliwego projektu budowlanego, do którego wytyczenie odwoływało się w pierwszej kolejności. Nie sposób jednak w tym miejscu nie zauważyć, że przepis art. 651 k.c. przewidujący obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, dotyczy każdego momentu w trakcie realizacji robót, w którym wykonawca dowiedział się o konkretnych nieprawidłowościach. Przepis ten nie może być odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązku dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu-por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 listopada 2013 r., V ACA 442/13. Wykonawca przyjmując wykonanie zadania określonego w umowie, działał w zaufaniu, że przedstawiony mu przez inwestora projekt jest nie wadliwy. Trzeba także podkreślić, że zgodnie z art. 25 pkt 1 ustawy prawo budowlane do obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy między innymi reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem, a w oparciu o art. 26 pkt 1 tej ustawy, inspektor nadzoru ma w tym celu prawo do wydawania kierownikowi robót poleceń potwierdzonych wpisem do dziennika budowy. Co prawda reprezentacja inwestora przez inspektora nadzoru sprowadza się tylko do czynności określonych w art. 25, z którego to przepisu nie wynika pełnomocnictwo do podejmowania czynności prawnych w imieniu inwestora w zakresie treści umowy, jednakże znamienne jest, że skarżąca dostrzega jedynie ewentualne błędy leżące po stronie kierownika robót, pomijając zachowanie reprezentującego ją inspektora nadzoru. Pisano już, że inspektor nadzoru nie zamieścił w dzienniku budowy żadnego wpisu, z którego można by wnosić, że budowę realizowano niezgodnie z projektem co do wykonania muru oporowego, a to zagadnienie, obok błędu w wytyczeniu obiektów, miało decydujące znaczenie dla zwiększenia kosztów wykonanych robót. Warto przy tym jeszcze raz podkreślić, że dziennik budowy, choć ma bardzo ważne znaczenie dokumentacyjne w procesie budowlanym, nie jest dokumentem urzędowym tylko prywatnym-por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2015 r., I CSK 107/14. Odpowiada za jego prowadzenie kierownik budowy, w tym wypadku ponosił więc z tego tytułu odpowiedzialność powód, ale reprezentujący na budowie inwestora inspektor nadzoru także miał pełne kompetencje do dokonania w nim stosownych wpisów, gdyby w istocie doszło do podwyższenia poziomu boisk niezgodnie z projektem, co implikowałoby konieczność wykonania muru oporowego. Brak takich wpisów, w powiązaniu z innymi dowodami przytoczonymi przez sąd pierwszej instancji, dawał mu pełne prawo do poczynienia ustalenia, że do podwyższenia poziomu boisk nie doszło, a konieczność wykonania muru oporowego wynikała z błędu projektu w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny ocenił jako w części zasadny zarzut piąty podniesiony w apelacji, naruszenia prawa materialnego art. 22 ust 1, 2, 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz § 8 i § 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z 21 lutego 1995 r., poprzez ich nie zastosowanie i w konsekwencji nie ustalenie lub zniesienie odpowiedzialności powoda za wadliwe wytyczenie budowanych obiektów skutkujące koniecznością przeprowadzenia prac naprawczych, uznanych błędnie przez powoda za dodatkowe. Zarzut ten jest zasadny, jak wskazano wyżej, wyłącznie w zakresie naruszenia § 10 ust 1 rozporządzenia z 21 lutego 1995 r., zatem nie ma potrzeby przytaczania ponownie tej samej argumentacji.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że niewłaściwe wytyczenie obiektów boisk, wynikało z przyczyn zawinionych zarówno przez wykonawcę, jak i inwestora. Można przyjąć, że zachowanie obu podmiotów było równoważne i w takim samym stopniu zawinili, nienależycie wykonując swoje zobowiązania wynikające z łączącej ich umowy. W konsekwencji, poprzez nienależyte wykonywanie zobowiązania w zakresie dostarczenia nie wadliwego projektu (pозwana), oraz prawidłowego wytyczenia boisk (powód), a także z powodu zwłoki powoda w zakończeniu prac przy zapleczu szatniowo-sanitarnym, doszło do tego, że przedmiot umowy został oddany 20 dni po umówionym terminie. Prace realizowane przy murze oporowym, jako prace dodatkowe, nie mogą być tutaj brane pod uwagę, ponieważ zostały wykonane niejako poza przedmiotem umowy. W dacie zgłoszenia pierwszego odbioru czyli 22 listopada 2011 r., stwierdzono, że nie zostały zakończone prace wykończeniowe w zapleczu szatniowo-sanitarnym, oraz trwają roboty związane z przesunięciem boiska ze sztucznej trawy (sztuczna trawa nie została ułożona). Stwierdzono także, że nie zamontowano urządzeń sportowych, a teren budowy nie został uporządkowany. Oznacza to, że w dniu, w którym umówione prace miały zostać ostatecznie odebrane, nie zakończono także tych robót, których wadliwość projektu nie dotyczyła, czyli dotyczących zaplecza szatniowo-sanitarnego. Trwały także prace, które wynikały na równi z wadliwości projektu, jak i niewłaściwego wytyczenia obiektu przez powoda, czyli roboty przy przesunięciu boiska ze sztuczną trawą. Wszystkie prace zakończono do 16 grudnia 2011 r. Fakt zwłoki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy jest niewątpliwy, jak i to, że zwłokę tę wywołała konieczność wykonania prac związanych z przesunięciem boiska (z przyczyn zawinionych przez obie strony umowy), oraz prac związanych z wykończeniem zaplecza szatniowo-sanitarnego, za co ponosi odpowiedzialność wyłącznie powód. Słusznie sąd pierwszej instancji wskazał, że dłużnik może zwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Kara umowna jest bowiem zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Zawinione, niewłaściwe wytyczenie obiektu boiska przez powoda, nawet w sytuacji, gdy równoważnie zawinione było zachowanie pozwanej, która dostarczyła wadliwy projekt, wykluczają możliwość przyjęcia, że pozwana nie miała prawa do naliczenia kary umownej przewidzianej w § (...) umowy za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy. Doszło bowiem do zakończenia wykonania przedmiotu umowy 20 dni po terminie, a przyczyną tego stanu rzeczy była zwłoka powoda w zakończeniu prac przy wykończeniu zaplecza szatniowo-sanitarnego (niezawiniona przez pozwaną), oraz boiska ze sztuczną trawą. Wbrew stanowisku sądu pierwszej instancji powód nie wykazał, że do wykonania przedmiotu umowy po terminie doszło wyłącznie na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W tym sensie doszło do naruszenia art. 471 k.c. i art. 483 § 1 k.c. Naruszenie prawa materialnego sąd drugiej instancji bierze pod uwagę z urzędu.

Wymagało zatem rozważenia, czy w sprawie zachodzą podstawy do miarkowania kary umownej, o co wnosił powód w pozwie. Powód wskazał obie podstawy miarkowania kary umownej, a mianowicie wykonanie zobowiązania w znacznej części, oraz rażąco wygórowanie kary. W ocenie Sądu Apelacyjnego zachodzą obie podstawy miarkowania kary umownej. W dacie umówionego zakończenia przedmiotu umowy, zobowiązanie było wykonane w znacznej części. Jak już pisano, pozostały nie zrealizowane prace wykończeniowe przy zapleczu szatniowo-sanitarnym, mające w istocie podrzędne znaczenie, oraz prace przy przesunięciu boiska, którego część znalazła się na sąsiedniej nieruchomości z powodu błędu projektu i niewłaściwego wytyczenia obiektu. Prace przy murze oporowym, jako roboty dodatkowe, nie mogą być tutaj brane pod uwagę. Zatem w dacie umówionego zakończenia robót, interes wierzyciela, jaki miał w wykonaniu zobowiązania, został zaspokojony w części zbliżającej się do pełnego jego zaspokojenia. Kara umowna jest też rażąco wygórowana, o czym świadczy porównanie jej wysokości z ewentualną szkodą jaką poniosła pozwana-por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00. W istocie w niniejszej sprawie pozwana nie poniosła żadnej szkody w konsekwencji oddania przedmiotu umowy 20 dni po terminie. To przesądza o ewidentnej niewspółmierności wysokości kary umownej do tej, która powinna być należna w danej sytuacji. Z powyższych względów Sąd Apelacyjny miarkując wysokość kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., zmniejszył ją o połowę czyli do 40.584,74 zł. Zatem oświadczenie pozwanej o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia, doprowadziło do umorzenia wierzytelności, ale tylko do wysokości 40.584,74 zł. Z tego powodu zmieniono zaskarżony wyrok w pkt 2/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniżono do

40.584,74 zł, oddalając powództwo w pozostałej części. Obowiązek zapłaty w/w kwoty wynika z § (...) umowy łączącej strony, zawartej 5.08.2011 r. oraz art. 647 k.c.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo zakwalifikował prace wykonane przez powoda przy wykonaniu muru oporowego jako dodatkowe. Umowa łącząca strony przewidywała bowiem wykonanie cokołu betonowego, który miał tylko pełnić funkcje muru oporowego, murem oporowym nie będąc. Inicjatywa wykonania muru oporowego wyszła od świadka M. M., wykonującego prace na tym odcinku robót, który powziął wątpliwość czy cokol opisany w projekcie, zdoła utrzymać warstwy gruntu. Wątpliwości te przekazał kierownikowi budowy, który dzieląc je, w dniu 26 września 2011 r., zamieścił wpis w dzienniku budowy o potrzebie zastąpienia cokołu betonowego, murem oporowym, co zaakceptował inspektor nadzoru wpisem z 27 września 2011 r. Po sporządzeniu projektu muru, przystąpiono do jego wykonywania od 7 listopada 2011 r., co potwierdzono wpisem w dzienniku budowy. Mur oporowy nie był więc przedmiotem umowy łączącej strony, pozwana nie udzieliła na jego wykonanie dodatkowego zamówienia, akceptacja inspektora nadzoru nie będącego pełnomocnikiem inwestora, nie zmieniła w tym zakresie umowy. Słusznie zatem co do tej części robót, sąd pierwszej instancji przyjął, że ich realizacja bezpodstawnie wzbogaciła pozwaną. Wyrażoną przez Sąd Okręgowy argumentację w tym zakresie Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje, przyjmując ją za własną. Bezpodstawne wzbogacenie pozwanej w związku z wykonaniem przez powoda muru oporowego jest równe wartości wykonanych w tym przedmiocie prac przez powoda. Opisano je w kosztorysie ofertowym pod pozycjami roboty ziemne i mur oporowy. Ich wartość to odpowiednio 44.379,72 zł i 85.101,94 zł.

Pozostałe prace ujęte w kosztorysie ofertowym wynikały z konieczności przesunięcia większego boiska, które na skutek wadliwości projektu i wadliwości wytyczenia, posadowiono w części poza granicą nieruchomości. Zrodziło to potrzebę wykonania prac opisanych w kosztorysie ofertowym pod pozycjami rozbiórki-2.099,04 zł, drenaż-8.203,63 zł, podbudowa-2.526,35 zł, przestawienie fundamentów słupów-1.500,00 zł. Jak już pisano wyżej, konieczność wykonania w/w prac, wynikała z nienależytego wykonania zobowiązania przez obie strony umowy. Wszystkie były konsekwencją wadliwości projektu i nieprawidłowej realizacji wytyczenia obiektów. Zawinienie obu stron umowy jest w tym względzie równoważne, uzasadnia to przyjęcie stanowiska, że obie strony w równym stopniu przyczyniły się do tego, że wykonanie tych prac było konieczne. Prawidłowo sąd pierwszej instancji zakwalifikował roszczenie dochodzone w tym zakresie, jako wynikające z art. 471 k.c., a więc mające swoją podstawę w nienależytym wykonaniu zobowiązania przez pozwaną. Pozwana wykazała zarazem, że w równym stopniu co ona, do powstania szkody przyczynił się powód. To uzasadnia stanowisko, że odpowiedzialność odszkodowawcza obciążać powinna pozwaną w połowie. Każdą z w/w kwot uwzględniono więc w 50%, co daje z ich sumy równej 14.329,02 zł, kwotę 7.164,51 zł.

Łącznie pozwana powinna zapłacić powodowi tytułem bezpodstawnego wzbogacenia za roboty wykonane jako dodatkowe, oraz tytułem odszkodowania za prace wykonane w konsekwencji błędu projektu, który miał wpływ na wadliwość wytyczenia obiektów 136.646,16 zł, oraz podatek VAT w wysokości 31.428,62 zł. W sumie daje to 168.074,78 zł. Z tego powodu zmieniono zaskarżony wyrok w pkt 1/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniżono do 168.074,78 zł, oddalając powództwo w pozostałej części. W tym zakresie podstawą prawną orzeczenia jest art. 471 k.c. i art. 405 k.c.

Sąd pierwszej instancji obciążył pozwaną całością kosztów procesu poniesionych przez powoda w obu sprawach. W wyniku zmiany wyroku w pkt 1/ i 2/, zachodziła konieczność dokonania korekty rozstrzygnięcia o kosztach procesu i wydatkach wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Sumarycznie roszczenie powoda zostało uwzględnione w 80,86%. Koszty procesu poniesione przez powoda to 22.138 zł. Koszty procesu poniesione przez pozwaną to 8.200 zł. Suma kosztów procesu obu stron to 30.338 zł, z czego 80,86% to 24.531,31 zł. Koszty procesu w tej wysokości powinna ponieść pozwana, a skoro poniosła je w niższej wysokości (8.200 zł), powinna zapłacić powodowi różnicę czyli 16.331,31 zł. Z tego powodu zmieniono wyrok w pkt 3/ o tyle, że zasądzoną nim kwotę obniżono do 16.331,31 zł. Podstawę prawną rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowi art. 100 k.p.c.

Skarb Państwa tymczasowo pokrył wydatki związane z opinią biegłego w wysokości 2.288,25 zł. Kwota ta powinna obciążać strony w proporcji wyznaczonej stopniem wygrania sprawy przez powoda, a więc 80,86%. Zatem powoda

obciąża z tego tytułu 437,97 zł, a pozwaną 1850,28 zł. Z tej przyczyny zmieniono pkt 4/ wyroku w ten sposób, że kwotę którą nakazano pobrać od pozwanej obniżono do 1850,28 zł, oraz nakazano ściągnąć od powoda z zasądzonego świadczenia na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Katowicach) 437,97 zł. Orzeczono na podstawie art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z 28 lipca 2005 r.

W pozostałej części apelację oddalono jako nie zasadną.

Orzeczono na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Koszty postępowania apelacyjnego poniesione przez powoda to koszty zastępstwa procesowego liczone w oparciu o rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z 22 października 2015 r., na podstawie § 2 pkt 6 i § 10 ust 1 pkt 2, wg stawki dwa razy po 5.400 zł, z czego 75% to 8.100 zł. Koszty pozwanej to opłata od apelacji 12.904 zł, oraz koszty zastępstwa procesowego liczone w oparciu o rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z 22 października 2015 r., na podstawie § 2 pkt 6 i § 10 ust 1 pkt 2, także wg stawki dwa razy po 5.400 zł, czyli 10.800 zł (pozwana reprezentował inny pełnomocnik, niż w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji). W sumie koszty pozwanej to 23.704 zł. Suma kosztów procesu obu stron to 31.804 zł. Rozliczono je także wg proporcji 80,86%, czyli pozwana powinna ponieść koszty w wysokości 25.716,71 zł. Zasądzono zatem na rzecz powoda od pozwanej z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego 2.012,71 zł.

Orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

SSO del. Jacek Włodarczyk SSA Roman Sugier SSA Anna Bohdziewicz