

Sygn. akt I ACa 1354/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Regina Kurek
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa J. C.

przeciwko Gminie S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 23 maja 2013 r. sygn. akt I C 1682/09

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej Gminy S. na rzecz powoda J. C. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1354/13

UZASADNIENIE

Powód J. C. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanej Gminy S. kwoty 524.689,26 zł z odsetkami ustawowymi: od kwoty 63.015,57 zł od dnia 2.10.2009 r. i od kwoty 461.673,69 zł od dnia 6.12.2008 r. – do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu podał, że wykonał na rzecz pozwanej roboty budowlane polegające na dokończeniu dobudowy sali gimnastycznej przy Zespole Szkół w R.. Inwestycja ta została wykonana. Pozwana obciążyła powoda karą umowną zastrzeżoną w umowie na wypadek zwłoki w wykonaniu inwestycji w wysokości 524.689,26 zł i rozliczyła tę kwotę w części dotyczącej kwoty 461.673,69 zł przez potrącenie z należnego powodowi wynagrodzenia, a w pozostałej części dotyczącej kwoty 63.015,57 zł – poprzez ściągnięcie z gwarancji bankowej stanowiącej zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy. W rezultacie powodowi wypłacona została z faktury końcowej jedynie kwota 193.347,77 zł, po

potrąceniu jeszcze zajęć egzekucyjnych dotyczących powoda. W ocenie powoda obciążenie go karą umowną w sytuacji braku zwłoki było bezpodstawne, wobec czego dokonane przez pozwaną potrącenie jest bezskuteczne, skoro nie istnieje wierzytelność przedstawiona do potrącenia z należności wynikającej z faktury powoda. W konsekwencji bezpodstawne było też skorzystanie przez pozwaną z gwarancji bankowej odnośnie kwoty 63.015,57 zł stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Ponadto powód wskazał, iż wysokość naliczonej kary umownej w stosunku do wielkości opóźnienia i wysokości należnego mu wynagrodzenia jest zupełnie niewspółmierna, zważywszy w szczególności, że kara ta stanowi de facto 31% wynagrodzenia brutto, a w stosunku do wynagrodzenia netto – 38 %. W ten sposób znaczącą część kosztów inwestycji Gmina przerzuciła na powoda, wykorzystując zaistnienie niezależnych od niego, obiektywnych okoliczności.

Pozwana Gmina S. wniosła o oddalenie powództwa w całości. Strona pozwana zakwestionowała twierdzenia, jakoby rozbiórka budynku starej sali gimnastycznej była związana z nieprzewidzianą przez strony wysoką prędkością jak też wskazała, że prace dodatkowe nie wpłynęły na opóźnienie a jedyną przyczyną opóźnienia było zbyt wolne tempo robót prowadzonych bez odpowiedniego zabezpieczenia sprzętowego. Istniała podstawa do obciążania powoda karą za zwłokę. Umowa została bowiem zrealizowana z opóźnieniem w stosunku do terminu umownego powstałym z winy powoda, co uzasadniało obciążenie zgodnie z § 11 ust. 1 pkt c umowy karą za zwłokę w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

Wyrokiem z dnia 23 maja 2013r., sygn. akt I C 1682/09 Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej Gminy S. na rzecz powoda J. C. kwotę 524.689,26 zł., z ustawowymi odsetkami od dnia 6 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty. W pozostałym zakresie powództwo oddalił. Sąd I instancji zasądził również od strony pozwanej Gminy S. na rzecz powoda J. C. kwotę 14.417,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz nakazał pobrać od strony pozwanej Gminy S. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 30.137,16 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Rejonowy oparł na następującym stanie faktycznym:

J. C. wykonywał na rzecz Gminy S. roboty budowlane polegające na dokończeniu dobudowy sali gimnastycznej wraz z zapleczem socjalnym i sanitarnym, na podstawie umowy nr (...) z dnia 7 stycznia 2008 r., zmienionej aneksem w dniu 14.02.2008r. Umowa przewidywała roboty rozbiórkowe starej sali gimnastycznej wraz z zapleczem, budowę nowej części zaplecza, wykończenie rozpoczętej budowy sali gimnastycznej. Inwestycja została wykonana przez powoda z trzydziestojednodniowym opóźnieniem w stosunku do terminu określonego w umowie. Po dokonaniu odbioru inwestycji przez pozwaną Gminę powód wystawił w dniu 28 października 2008 r. fakturę końcową nr (...) na kwotę 712.739,79 zł. Gmina S. obciążyła powoda karą umowną zastrzeżoną w umowie na wypadek zwłoki w wykonaniu inwestycji w wysokości 524.689,26 zł i rozliczyła tę kwotę w części dotyczącej kwoty 461.673,69 zł przez potrącenie z należnego powodowi wynagrodzenia objętego fakturą końcową, a w pozostałej części dotyczącej kwoty 63.015,57 zł – poprzez ściągnięcie z gwarancji bankowej stanowiącej zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy. W rezultacie powodowi wypłacona została z faktury końcowej jedynie kwota 193.347,77 zł. Strony zastrzegły karę umowną na rzecz zamawiającego za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto, a za wykonanie pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy ostatecznie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe 1.692.546,09 zł. brutto. Wykonawca zobowiązany został do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5 % zaoferowanej ceny brutto, tj. 90.022,24 zł. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Powód podpisał w/w umowę w konsekwencji wygrania przetargu ogłoszonego przez pozwaną na wykonanie przedmiotowych robót. W trakcie realizacji inwestycji powód zaproponował modyfikację sposobu wykonania inwestycji, zmiana ta została zaakceptowana przez pozwaną – podpisano aneks do umowy. Przyczyną zaistniałego opóźnienia w wykonaniu inwestycji była nieprzewidziana przez strony, w chwili zawierania umowy wysoka prędkość rozbiórki obiektu starej hali i w konsekwencji wydłużenie czasu trwania rozbiórki. W związku z monolityczną konstrukcją stropu nie można było zastosować ciężkiego sprzętu ze względu na obawę uszkodzenia pozostałej części kompleksu budowlanego, wobec tego konieczne było ręczne prowadzenie prac rozbiórkowych. Kolejną przyczyną opóźnienia było to, iż w dokumentacji projektowej stwierdzono szereg braków i błędów. Wpłynęło to na konieczność dokonywania zmian i dodatkowych robót podczas realizacji obiektu. W projekcie budowlanym nie została zaprojektowana wentylacja dwóch

sal lekcyjnych i sali gimnastycznej, brakowało istotnego elementu stężenia konstrukcji dachu nad częścią wyższą budynku zaplecza, nie został określony sposób wykończenia podjazdu dla osób niepełnosprawnych, projekcie nie podano sposobu rozwiązania styku dachu części zaplecza z ścianą szczytową sali gimnastycznej, brak w dokumentacji projektowej i powykonawczej przedłużenia budynku zaplecza o ok. 110 cm., projekt instalacji elektrycznych został wykonany w oparciu o warunki techniczne przyłączenia i warunki realizacji przyłączenia z października 2003r. co rodziło konieczność jego aktualizacji. Wszystkie w/w braki zostały usunięte na etapie prowadzenia prac budowlanych. Miesięczne opóźnienie w wykonaniu zadania było usprawiedliwione zakresem dodatkowych robót. W trakcie realizacji inwestycji nastąpił ze strony pozwanej Gminy brak terminowej zapłaty wynagrodzenia częściowego należnego powodowi za wykonaną i oddaną część robót. Strona pozwana zażądała korekty faktury na tydzień przed terminem płatności, 3 tygodnie po jej doręczeniu przez wykonawcę, nie płacąc w terminie znaczącej dla powoda kwoty niespornej, którą miał on przeznaczyć na zakup kolejnych niezbędnych materiałów. Kondycja finansowa powoda przed przystąpieniem do realizacji umowy z Gminą nie była dobra.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że powództwo należało uwzględnić. Sąd I instancji opierając się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym zwłaszcza w postaci opinii biegłego ustalił, iż powód nie jest odpowiedzialny za brak terminowej realizacji przedmiotowej inwestycji. Brak więc było podstaw do przypisania wykonawcy jakiegokolwiek winy w tym zakresie. Zdaniem Sądu Okręgowego specyfika robót rozbiórkowych starej sali gimnastycznej (co nie było możliwe do przewidzenia na podstawie materiałów przetargowych), przedstawione braki i niespójności w dokumentacji projektowej stanowią przyczynę wydłużenia prac związanych z budową nowego obiektu szkolnego. Mimo, że część z tych braków nie była istotna, to jednak za każdym razem musiały być zdefiniowane i objęte nowym rozwiązaniem, uzgodnionym wcześniej z nadzorem, inwestorem i projektantem a później zrealizowane jako dodatkowa praca. Zdaniem Sądu I instancji najpoważniejszym błędem w dokumentacji była niezgodność wymiarowa zaprojektowanego budynku z rzeczywistą realizacją. Pozwany powinien był wystąpić o zmianę decyzji pozwolenie na budowę na podstawie skorygowanego projektu budowlanego uwzględniającego zarówno zmianę lokalizacji sali gimnastycznej jak i zwiększenia gabarytów budynku zaplecza. Nie podejmując tych czynności inwestor dokonał samowoli budowlanej i następnie wymusił na powodzie realizację tej samowoli. Wykonanie zaś dodatkowego zakresu robót, bez odpowiedniej dokumentacji i bez odpowiedniego umownego umocowania w pełni uzasadnia wydłużenie czasu robót powoda.

Sąd I instancji uznając opinię biegłego za jednoznaczną oddalił wniosek strony pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej lub kolejnego biegłego w zakresie budownictwa. O odsetkach Sąd orzekł na zasadzie art. 481 § 1 k.c. uwzględniając postanowienia § 8 pkt 5 łączącej strony umowy. Faktura końcowa miała zostać zapłacona w terminie 30 dni od daty jej otrzymania przez zamawiającego, co miało miejsce 5.11.2008 r. Wobec tego odsetki należały się powodowi od dnia 6.12.2008r., a w dalej idącej części żądanie w zakresie odsetek zostało oddalone. Mając na względzie wynik sprawy oraz stopień jej zawichości, a także nakład pracy pełnomocnika Sąd, stosownie do art. 98 k.p.c. zasądził od pozwanej jako strony przegrywającej proces na rzecz powoda kwotę 14.417 zł na zasadzie §2 ust. 1-3, i § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 2013, Nr 490 t.j.). O nieuiszczonych kosztach sądowych, od których uiszczenia powód był zwolniony, orzekł Sąd na zasadzie art. 113 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, obciążając pozwaną obowiązkiem uiszczenia opłaty należnej od uwzględnionej części powództwa oraz kosztami sporządzenia opinii przez biegłego.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez stronę pozwaną w części uwzględniającej żądanie i dotyczącej kosztów, tj. w zakresie punktów I, III, i IV. Strona pozwana zarzuciła temu wyrokowi błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (art. 231 k.p.c.), popełniony w związku z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodu z opinii biegłego (art. 233 § 1 k.p.c.), naruszenie przepisów postępowania (286 k.p.c.) poprzez oddalenie wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej oraz opinii innego biegłego, przez co strona pozwana została pozbawiona możliwości obrony swoich praw (379 pkt 5 k.p.c.), jak również naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 471 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, jakoby powód całkowicie

nie ponosił odpowiedzialności względem pozwanego z tytułu kary umownej. Wobec powyższego strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonej części wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów procesu wg norm przepisanych i uchylenie pkt. IV wyroku, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Strona pozwana zaskarżyła również oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodów z uzupełniającej opinii biegłego i opinii innego biegłego. W uzasadnieniu wskazano, że ustalenia faktyczne opinii biegłego zostały sformułowane w trybie przypuszczającym, natomiast same wnioski są kateryczne i zdecydowane, lecz wykazują sprzeczność z częścią opisową. W ocenie strony pozwanej biegły nie ustalił, żadnych istotnych faktów, wyciągnął zaś daleko idące wnioski. Strona pozwana podniosła, że biegły stwierdził, że powód obowiązany był wykonać zwiększony zakres robót, które były trudniejsze i bardziej pracochłonne niż można było to przewidzieć, podczas gdy ani jego opinia, ani inny dowód nie wskazują na brak możliwości przewidzenia pracochłonności tych robót – za wyjątkiem twierdzeń powoda. W ocenie strony pozwanej powód jako mieszkaniec R. zadawał sobie sprawę gdzie znajduje się przyszły plac budowy, dodatkowo zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa mógł on zapoznać się z miejscem prowadzenia przyszłych robót. Z jednej strony biegły pisze o nadmiernej pracochłonności, wskazując typowość i powtarzalność rozwiązań technicznych obiektu, a z drugiej strony pisze, że powód nie mógł takiego rozwiązania przewidzieć – rozumowanie takie stanowi błąd we wnioskowaniu. Zdaniem strony pozwanej wniosku o nieprzewidywalnej pracochłonności rozbiórki nie dało się wyprowadzić z ustalonych przez biegłego faktów, ani z innych dowodów. Dodatkowo biegły stwierdził, że konieczność sporządzenia zamiennej dokumentacji wymagała 1 tygodnia czasu, podczas gdy, powód nie wykonał ustaleń zawartych w tej dokumentacji. Powyższe wobec tego wskazuje, zdaniem strony pozwanej, na to, że Sąd I instancji nie mógł oprzeć się na przedmiotowej opinii, a ponieważ brak było innych przesłanek uwzględnienia powództwa, winien jej oddalić. W ocenie strony pozwanej dopiero z chwilą wydania wyroku wyszło na jaw, że Sąd oprzeć się na przedmiotowej opinii mimo jej wewnętrznej sprzeczności. Zastosowana przez Sąd I instancji konstrukcja prawna sprowadza się do podważenia zastosowania kary umownej. Zdaniem skarżącej nie zachodził przypadek całkowitego uwolnienia powoda od odpowiedzialności, z tytułu kary umownej, lecz najwyżej podstawa do miarkowania odpowiedzialności powoda na podstawie art. 484 § 2 k.c. Dodatkowo strona pozwana zarzuca powodowi umyślne działanie na szkodę strony pozwanej poprzez usiłowanie wyłudzenia wynagrodzenia za niewykonane roboty.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powoda kosztów zastępstwa apelacyjnego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazano, że oddalenie wniosków dowodowych strony pozwanej nie pozbawiało jej możliwości obrony swoich praw. Strona pozwana nie złożyła zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. co wyklucza możliwość powołania się na odmowę dopuszczenia dowodu w postępowaniu apelacyjnym. Opinia biegłego opiera się na faktach, które wynikały z dokumentów zgromadzonych w niniejszej sprawie, jak też z oględzin przedmiotu inwestycji dokonanej przez biegłego. Za nieprawdziwe uznać należy twierdzenia strony pozwanej o tym, że powód miał możliwość zapoznania się miejsce i przedmiotem rozbiórki, podczas, gdy w projekcie rozbiórki obiektu nie została jednoznacznie podana konstrukcja stropu. Powód miał więc prawo do działania w zaufaniu do dokumentacji projektowej. Również absurdalnym jest wymaganie od powoda, by przewidział stan murów przeznaczonych do rozbiórki podczas gdy nie zrobił tego inwestor, ani projektanci. Strona pozwana nie dostrzega, że kwestia zwiększonej pracochłonności prac rozbiórkowych nie miała decydującego wpływu na terminowość wykonania robót, głównym powodem była konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych. Wobec tego nie można mówić o naruszeniu przez Sąd art. 233 k.p.c. Za całkowicie bezzasadne uznał powód twierdzenia strony pozwanej o naruszeniu prawa materialnego bowiem skoro w stanie faktycznym prawidłowo ustalono, że powód nie ponosi winy za powstałe opóźnienie to kara umowna była nienależna, a w konsekwencji bezpodstawnie pomniejszono odpowiednio wynagrodzenie powoda.

Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja jest bezzasadna. W ocenie Sądu Apelacyjnego ustalony przez Sąd I instancji stan faktyczny poczyniony w przedmiotowej sprawie jest prawidłowy. Dlatego też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny, uznając, że nie doszło do naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, szczególnie w zakresie oceny dowodu z opinii biegłego. W pierwszej kolejności wskazał, że dokonanie ustaleń wymagało wiadomości specjalnych. Stanowisko biegłego co

do przyczyn przedłużenia czasu trwania robót jest jasne i przekonujące, co znalazło dodatkowo potwierdzenie w odpowiedzi biegłego na zarzuty strony pozwanej. Nie można przyjąć, by zachodziła sprzeczność pomiędzy ustalonym przez biegłego stanem faktycznym, a później formowanymi wnioskami. Brak kategoryczności na którą powołuje się strona pozwana części opisowej opinii, nie wynika z braku przekonania biegłego co do stawianych tez, lecz jest konsekwencją faktu, że przedmiotowy strop już obecnie nie istnieje, nie jest znana dokładna data i sposób budowy przedmiotu rozbiórki. Ocena grubości stropu oraz obaw co do konsekwencji użycia sprzętu mechanicznego jest pochodną przyjęcia przez biegłego najbardziej prawdopodobnych założeń co do przewymiarowania konstrukcji w oparciu o zasady budowy z lat 80-tych. Biegły dokonując oceny wykonał oględziny elementów pozostałych po budowie. Biegły brał też pod uwagę zdjęcie przedstawione przez stronę pozwaną. Niezależnie nawet od zarzutów powoda, że zdjęcie to nie dotyczy zaplecza socjalnego to i tak poprzez do osób znajdujących się na stronie biegły wskazał na prawdopodobną grubość stropu. Zwracając uwagę na te okoliczności które mogły mieć znaczenie w niniejszej sprawie. Stanowisko strony pozwanej wynika więc z wybiórczej lektury opinii biegłego. Biegły bowiem w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, że konstrukcja obiektu była monolityczna, masywna i tworzyła stwardniałą skorupę. Wniosek biegłego, że pustaki DZ z nadbetonem razem muszą mieć ok. 50 cm jest zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Oczywiście jest bowiem, że grubość stropu musiała być większa niż oblanego betonem pustaka. W istocie jednak nie ma znaczenia dokładna grubość stropu lecz opisany przez biegłego jego monolityczna konstrukcja, utwardzająca się z upływem czasu i trudna do rozbiórki. W projekcie obiektu nie był podany okres w jakim budynek został wykonany, a technologia jego wykonania nie została podana wyczerpująco. Sam fakt, że powód mieszkał na tym terenie nie oznacza, że przed złożeniem oferty mógł zbadać dokładnie stan konstrukcji stropu. Nawet jeżeli dobrze znał miejsce posadowienia starej sali nie oznacza to, że musiał wiedzieć, iż w tym przypadku doszło do silnego zintegrowania części murowanych z częścią żelbetową bo to dopiero okazało się w trakcie rozbiórki. Zarzuty do opinii nie obalają wniosków biegłego o twardości konstrukcji lecz skupiały się na kwestii grubości i braku stanowczości co do domniemanej konieczności ręcznej rozbiórki. W tym zakresie biegły przekonująco wskazał k-573, że drgania związane z rozbiórką musiały być przenoszone na budynek szkolny co wykluczało udarowe a więc mechaniczne oddziaływanie. Brak jest jakichkolwiek przesłanej do przyjęcia, że projekt czy specyfikacja zamówienia uwzględniały tę okoliczność. Opóźnienie wynikało ze zwiększonej pracochłonności wobec braku możliwości użycia ciężkiego sprzętu przy rozbiórce, czego wcześniej nie przewidywano, a więc z okoliczności niezależnej od powoda. Fakt, że powszechnie stosowano taki sposób budowy w latach 80-ych nie oznacza, że powód musiał zakładać, że i w tym przypadku stosowano ten typowy sposób budowy, szczególnie iż dokumentacja zamówienia nie obejmowała szczegółowo technologii wykonania stropu. Tym bardziej powód nie mógł ocenić przed przekazaniem terenu budowy skutków utwardzania konstrukcji na skutek upływu czasu. Dwutygodniowy okres przedłużenia prac nie obciąża więc powoda. Słusznie również wskazuje powód, czego zdaje się nie dostrzegać strona pozwana, że biegły wskazał, że przyczyną usprawiedliwionego opóźnienia była nie tylko konieczność rozbiórki przedmiotowego budynku, lecz również wady projektowe. Stwierdzono szereg uchybień i błędów co wpłynęło na konieczność dokonywania zmian podczas trwania inwestycji. Dotyczyły one projektu i wykonania instalacji elektrycznej, wentylacji, istotnych elementów stężenia dachu i styku dachu, podjazdu dla niepełnosprawnych. Oczywiście jest, że bez dokonania uzgodnień dalsze prace muszą być wstrzymane. To, że do uzgodnień dochodziło w trakcie budowy wskazuje nawet dziennik budowy k-247, 248, 252. Strona pozwana przyznając konieczność zmiany elementu dotyczącego konstrukcji stropu k-145 i bagatelizując jego znaczenie, nie uwzględnia, że każda zmiana dotycząca konstrukcji nośnej wymaga obliczeń i stanowi perturbację wpływającą na tempo prac. Jak wskazał biegły, jednostkowo takie problemy nie były wprawdzie istotne, jednak ich suma wpłynęła na ok. 2 tygodniowe opóźnienie. Powód był również zmuszony do przedłużenia bryły budynku zaplecza. Prace te biegły zakwalifikował jako istotne braki wcześniejszego planu prowadzenia prac budowlanych. Powód w trakcie prowadzenia prac musiał zwiększyć kubaturę budynku o ok. 170 m⁽³⁾ co także powodowało opóźnienie. Może wprawdzie budzić wątpliwość adekwatność porównania biegłego zakresu prac dodatkowych związanych ze zwiększonej kubatury do wykonania budowy domu jednorodzinnego, niemniej nie jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego przyjęcie, że zwiększony zakres prac musi prowadzić do przedłużenia czasu budowy przy uwzględnieniu, że skrócenie robót w związku z odstąpieniem od rozbiórki fundamentów nie miało istotnego znaczenia dla czasu trwania prac k-574. Bez znaczenia jest podnoszona przez stronę pozwaną w zarzutach do opinii k- 549/2 okoliczność, że powód poprzez zmianę sposobu wykonania robót zaoszczędził wydatki na wykorzystywany sprzęt i paliwo skoro

przedmiotem sporu nie była objęta wysokość wynagrodzenia za wykonane roboty. W tej bowiem sprawie strona pozwana podnosiła jedynie zarzut wynikający z opóźnienia prac jako podstawy do naliczenia kary umownej a nie zarzuty dotyczące podstaw do obniżenia wynagrodzenia. Fakt zagrożenia terminu wykonania prac był znany stronie pozwanej już 28 marca 2008r. k- 549/2. To, że powód zapewniał o wykonaniu prac w terminie może świadczyć o jego lekkomyślności jednak podstawę naliczenia kar umownych nie stanowiły konsekwencje wynikające z wywołanego przez powoda przekonania strony pozwanej o terminowości prac lecz sam fakt opóźnienia. Powód zaś wykazał, że przyczynę opóźnienia stanowiły okoliczności za które nie ponosi on odpowiedzialności. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem pozwanego, że powód winien zatrudnić większą liczbę pracowników. Kalkulacja kosztów osobowych stanowiła bowiem jeden z elementów określenia oferty a ta nie mogła uwzględniać zwiększonej pracochłonności, której nie można było przewidzieć na etapie przedofertowej. Sąd pierwszej instancji nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. Ustalenia zostały dokonane na podstawie opinii, która została oceniona zgodnie z zasadami logiki. Oczywiście dla Sądu jest , że strona pozwana była zainteresowana oddaniem obiektu przed rozpoczęciem roku szkolnego, stąd zastrzeżenie kary umownej za każdy dzień opóźnienia. Wiadomym jest, że każdy wykonawca przewidując czas konieczny do wykonania danej inwestycji uwzględnia w podanym terminie wykonania prac, okres na nieprzewidziane wypadki. Sąd drugiej instancji zwraca jednak, że prace miały trwać do końca sierpnia. Mimo, że przedmiotem umowy miało być tylko dokończenie po innym wykonawcy budowy sali gimnastycznej, w rzeczywistości zakres prac był stosunkowo duży (rozbiórka starej sali z zapleczem , wykończenie sali , budowa nowej części zaplecza). Przewidywany kilkumiesięczny okres prac , który był związany z rozpoczęciem nowego roku szkolnego, nie zakładał w tym przypadku dużego marginesu czasowego na nieprzewidywalne przeszkody. W tym zaś przypadku takie obiektywne przeszkody wystąpiły. Wykonanie przez powoda większego zakresu robót niż było to przedstawione w warunkach przetargu, perturbacje wynikające z niedokładności dokumentacji i konieczność prowadzenia prac rozbiórkowych, które z uwagi na specyfikę konstrukcji okazały się bardziej czasochłonne i trudniejsze niż można było to przewidzieć, stanowiły realną i obiektywną przyczynę opóźnienia ekskulpującą powoda. Opinia oceniana została pod względem zgodności z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej. Odwołanie się przez Sąd Okręgowy do tych kryteriów oceny było więc wystarczające i przekonujące. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2005r. II CK 572/04 LEX nr 151656). Zarzuty złożone przez stronę pozwaną nie podważyły wniosków opinii. Żądanie uzupełnienia opinii nie zawierało uzasadnienia wskazującego , na potrzebę złożenia przez biegłego dodatkowego wyjaśnienia. Po uzupełnieniu bowiem opinii w dniu 25 marca 2013r. brak było niejasności wymagających objaśnienia. Zupełnie niezrozumiałe jest stwierdzenie apelującego, że nie złożył on zastrzeżenia na podstawie art. 162k.p.c. albowiem nie był w stanie przed wydaniem wyroku poznać sposobu rozumowania sądu. Oddalenie wniosku dowodowego strony pozwanej stanowiło jasny wyraz Sądu braku potrzeby dodatkowego dowodu z opinii. Abstrahując od skutków braku złożenia w dniu 16 maja 2013r. zastrzeżenia przez pełnomocnika pozwanej, należy zwrócić uwagę , że wniosek o uzupełnienie opinii nie powoływał niekompletności wyjaśnień biegłego i nie wskazywał na czym jeszcze polegają wątpliwości pozwanej. Nie było więc podstaw do wydania opinii uzupełniającej. Wnioski opinii były bowiem jednoznaczne i kategoryczne. Wskazywały one , że powoda nie obciążały przyczyny opóźnienia. Obiektywne przeszkody spowodowały wydłużenie czasu trwania prac o okres dłuższy niż czas przyjęty za podstawę naliczenia kar umownych. Ocena ta jest logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, stąd nie było potrzeby złożenia dodatkowych wyjaśnień przez biegłego, które nie są elementem obligatoryjnym postępowania. Tym bardziej nie było potrzeby dopuszczenia dowodu z opinii kolejnego biegłego. Samo niezadowolenie strony pozwanej z opinii i jej uzupełnienia nie było wystarczającą podstawą do uzupełnienia postępowania dowodowego i wnioskowania o kolejną opinię (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2011r. sygn. akt II UK 306/10 i z dnia 10 stycznia 2002r. sygn. akt II CKN 639/99 nie publ. , w zbiorze Lex odpowiednio nr 885008 i nr 53135). Strona pozwana nie podważyła fachowości biegłego B., nie wykazała błędów czy sprzeczności dotąd złożonej opinii. Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska skarżącej, że istnieje sprzeczność pomiędzy przyjęciem typowości obiektu a nieprzewidywalnością pracochłonności skoro ze specyfikacji nie wynikała struktura stropów ani też konieczność ręcznego wykonania rozbiórki. Biegły wyjaśnił też przekonująco dlaczego odstąpienie od rozbiórki fundamentów nie spowodowało zaoszczędzenia czasu. Strona powodowa nie wykazała jakie prace powód mógł wykonywać podczas przygotowania dodatkowej dokumentacji. Ten tygodniowy okres opóźnienia nie był zresztą aż tak istotny skoro najbardziej czasochłonna okazała się ręczna rozbiórka i konieczność prac dodatkowych. Opinia w tym zakresie jest pełna i jasna. Skoro więc nie było potrzeby dodatkowego wyjaśnienia wymagającego wiedzy specjalnej, to nie mogło

dość do naruszenia przepisów art. 286 k.p.c. i art. 217 § 2 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego strony pozwanej o dopuszczenie uzupełniającej opinii biegłego oraz opinii innego biegłego. Stan faktyczny w niniejszej sprawie został ustalony prawidłowo i kompletny. Za niezasadny uznał Sąd II instancji, zarzut naruszenia art. 471 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. Wskazać należy, że przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 2004r. IV CK 583/03 nie publ., LEX nr 137571). Zgodnie z treścią art. 471 k.c. dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za szkodę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnika obciąża obowiązek wykazania przesłanek ekskulpujących. W tym przypadku powód ten obowiązek wykonał. Wobec tego, że jednomiesięczne opóźnienie w wykonaniu przedmiotowych prac budowlanych było następstwem okoliczności za które powód nie ponosił winy i do których się w żadnej mierze się nie przyczynił, brak było podstaw do obciążenia powoda karą umowną. W konsekwencji nieskuteczne było potrącenie z należnym powodowi wynagrodzeniem. Skoro strona pozwana nie podnosiła zarzutów wskazujących na podstawie do zmniejszenia wynagrodzenia, to brak skutku umorzenia z art. 498§2 k.c. uzasadniał żądanie powoda zasądzenia pozostałej części wynagrodzenia. Ponadto w oparciu o art. 471 k.c. powód miał podstawy do żądania zwrotu gwarancji pobranej na poczet reszty kary umownej. Niezależnie od podnoszonej przez powoda okoliczności, że bank potrącił regresem z jego rachunku tę część wypłaconej gwarancji, trzeba zauważyć że gwarancja zabezpieczała wykonanie obowiązku powoda zapłaty kary umownej. Bank realizując swój obowiązek gwarancji spełnił swoje zobowiązanie (art. 81 ust. 1 prawa bankowego). Automatycznie powód zobowiązany był do zwrotu bankowi sumy wynikającej z ważnej gwarancji wypłaconej zgodnie z umową. Nieprawidłowe przyjęcie podstawy do naliczenia kary umownej stanowiło nieprawidłowe wykonanie przez pozwaną zobowiązania wynikającego z §11 umowy, które prowadziło do powstania szkody w majątku powoda o wartości w jakiej winien był on zrekompensować bankowi sumę wypłaconą beneficjentowi gwarancji. Niezależnie od tego trzeba zwrócić uwagę, że korzyść jaką odniosła pozwana poprzez nienależnie naliczoną karę umowną ostatecznie nastąpiła kosztem majątku powoda, szczególnie w momencie potrącenia przez bank tej kwoty z rachunku powoda (co jest bezsporne). Bank wypłacając na rzecz strony pozwanej – beneficjenta gwarancji sumę gwarancyjną zrealizował więc zobowiązanie powoda, które nie powstało. Wypłata jednak nastąpiła zgodnie z warunkami gwarancji i bank nie ma podstaw do zwrotu tego świadczenia. Ostatecznie więc kwota wypłaconej gwarancji została pokryta z majątku powoda. On jest więc zubożony a pozwana wzbogacona nieprawidłowo jego kosztem co uzasadnia żądanie zwrotu także na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 410§2 k.c. Zarzut więc apelacji i w tym zakresie nie jest zasadny.

Wobec powyższego w oparciu o art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny oddalił apelację strony pozwanej jako bezzasadną. O kosztach procesu Sąd Apelacyjny rozstrzygnął w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. W związku z tym, że apelacja strony pozwanej została oddalona w całości, Sąd zasądził od Gminy S. na rzecz J. C. kwotę 5.400 zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Powyższa kwota została obliczona w oparciu o § 6 pkt. 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. (tekst jedn. Dz.U.2013r. poz.490).