



Sygn. akt IV CSK 74/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Grzegorz Misiurek (przewodniczący)
SSN Marta Romańska (sprawozdawca)
SSN Katarzyna Tyczka-Rote

w sprawie z powództwa Gminy E.
przeciwko Z. S.
o zapłatę
oraz z powództwa Z. S.
przeciwko Gminie E.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 28 października 2020 r.,
dwóch skarg kasacyjnych strony powodowej i pozwanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt I ACa (...),

1) w sprawie z powództwa Gminy E. przeciwko Z. S. oddala skargę kasacyjną strony powodowej;

2) w sprawie z powództwa Z. S. przeciwko Gminie E. uchyla zaskarżony wyrok w pkt III i w pkt IV w części dotyczącej rozstrzygnięcia o apelacji Gminy E. oraz w pkt V i VI i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w (...) do

ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego;

3) oddala skargę kasacyjną Z. S..

UZASADNIENIE

Powódka Gmina E. (zamawiająca) wniosła o zasądzenie od Z. S. kwoty 3.365.167 zł z odsetkami ustawowymi od wniesienia pozwu, na co składały się: - kwota 1.657.008,90 zł jako kara umowna naliczona zgodnie z umową z 1 czerwca 2009 r. w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia za okres od 1 do 31 lipca 2012 r.; - kwota 15.500 zł jako kara umowna naliczona zgodnie z umową z 27 czerwca 2011 r. w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia za okres od 1 do 31 lipca 2012 r.; - kwota 1.603.556,90 zł jako kara umowna za spowodowanie okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy z 1 czerwca 2009 r. w wysokości 30% wynagrodzenia brutto wynoszącego 5.345.189,67 zł; - kwota 89.101,39 zł jako kara umowna za spowodowanie okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy z 27 czerwca 2011 r. w wysokości 30% wynagrodzenia brutto wynoszącego 297.004,62 zł.

Pozwany Z. S. (wykonawca) wniósł o oddalenie powództwa.

Powód Z. S. (wykonawca) wniósł o zasądzenie od Gminy E. kwoty 3.604.168,77 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 1.398.104,36 zł od 22 sierpnia 2012 r., od kwoty 297.004,63 zł od 22 sierpnia 2012 r., od kwoty 273.431,74 zł od 19 listopada 2012 r., od kwoty 1.635.628,04 zł od 6 listopada 2012 r. jako dopłaty do wynagrodzenia za roboty, które wykonał na podstawie umów z 1 czerwca 2009 r. i z 27 czerwca 2011 r. oraz za roboty dodatkowe zatrzymane przez pozwaną i bezpodstawnie ją wzbogacające o kwotę 222.302,23 zł netto, a także tytułem kary przewidzianej umową z 1 czerwca 2009 r. za opóźnienie z odebraniem robót w okresie do 26 października 2012 r.

Pozwana Gmina E. (zamawiająca) wnosiła o oddalenie powództwa.

Postanowieniem Sądu Okręgowego w S. z 7 maja 2013 r. sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania, a wyrokiem z 30 czerwca 2017 r. Sąd ten

oddalił powództwo zamawiającej (pkt I), a w sprawie z powództwa wykonawcy zasądził od zamawiającej na jego rzecz kwotę 238.684,47 zł, w tym kwotę 16.382,24 zł z ustawowymi odsetkami od 22 sierpnia 2012 r. i kwotę 222.302,23 zł z ustawowymi odsetkami od 19 listopada 2012 r. (pkt III), a w pozostałym zakresie oddalił to powództwo (pkt IV).

Sąd Okręgowy ustalił, że po wyłonieniu wykonawcy w przetargu ogłoszonym przez zamawiającą, 1 czerwca 2009 r. strony zawarły umowę, na mocy której zamawiająca zleciła – zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofertą i kosztorysem ofertowym stanowiącymi integralne części umowy – wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej na trasie E. - B. M. - G. - L. - L. - B. - R. oraz odcinka kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej na trasie B. - B. wraz z linią energetyczną służącą do zasilania przepompowni ścieków w terminie do 20 grudnia 2011 r. za wynagrodzeniem kosztorysowym w wysokości 4.381.303,01 zł netto, tj. 5.345.189,67 zł brutto. Zapłata wynagrodzenia miała następować na podstawie faktur cząstkowych i protokołów odbioru robót w terminie 14 dni od daty ich złożenia. Rozliczanie robót miało odbywać się w okresach nie krótszych niż miesięczne, a wartość wykonanych w tym okresie robót podlegała obliczeniu na podstawie zatwierdzonych przez inspektora nadzoru kosztorysów powykonawczych, z zastosowaniem ceny jednostkowej z kosztorysu ofertowego do ilości wykonanych w danym okresie robót według książki obmiaru prowadzonej przez wykonawcę.

Strony przyjęły, że jeżeli zajdzie konieczność wykonania robót budowlanych niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia niemożliwych do przewidzenia w chwili zawierania umowy, to zostanie spisany protokół konieczności potwierdzony przez inspektora nadzoru lub także przedstawiciela zamawiającego. Roboty dodatkowe miały być przedmiotem zamówień dodatkowych, udzielonych w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843; dalej - p.z.p.) i nie mogły przekroczyć 50% wartości realizowanego zamówienia. Wykonawca miał sporządzić kosztorysy ofertowe na zamówienia dodatkowe przy zastosowaniu cen jednostkowych robót lub cen

czynników produkcji, wskaźników narzutów kosztów pośrednich, zakupu i narzutu zysku w wysokości nie wyższej niż w ofercie zamówienia podstawowego, a brakujące ceny czynników produkcji przyjąć w faktycznej wysokości, jednak nie wyższej niż ceny średnie, podane w aktualnie obowiązującym cenniku; podstawą do określenia nakładów rzeczowych miały być normy zawarte w kosztorysach ofertowych a w przypadku ich braku - kolejno odpowiednie pozycje KNR-ów, KNNR-ów, a następnie wycena indywidualna wykonawcy.

Wykonawca zobowiązał się do informowania zamawiającej pisemnie za pośrednictwem inspektora nadzoru o konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych w protokole konieczności określającym zakres robót oraz ich szacunkową wartość (według kosztorysu ofertowego) oraz do informowania o zagrożeniach, które mogą mieć ujemny wpływ na tok realizacji inwestycji, jakość robót, opóźnienie planowanej daty zakończenia robót, zmianie wynagrodzenia za wykonany umowny zakres robót oraz do współpracy z zamawiającą przy opracowywaniu przedsięwzięć zapobiegających zagrożeniom. W razie wystąpienia konieczności wykonania prac nieobjętych kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją techniczną, wykonawcy nie wolno było ich realizować bez zmiany umowy lub uzyskania dodatkowego zamówienia na podstawie odrębnej umowy.

Wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia zobowiązał się m.in do: - demontażu, napraw i montażu ogrodzeń posesji oraz napraw innych uszkodzeń obiektów istniejących i elementów zagospodarowania terenu, - poniesienia kosztów zajęcia pasa drogowego, - wykonania badań, prób i rozruchu, jak również do dokonania odkrywek w przypadku nie zgłoszenia do odbioru robót ulegających zakryciu lub zanikających, - uporządkowania terenu budowy po zakończeniu robót i przekazania go zamawiającej najpóźniej do dnia odbioru końcowego. Po zakończeniu etapu robót, dokonaniu wpisu w dzienniku budowy przez kierownika budowy i potwierdzeniu gotowości do odbioru częściowego przez inspektora nadzoru, miał zawiadomić zamawiającą o gotowości do odbioru załączając protokoły odbiorów technicznych i dokumentację powykonawczą etapu obiektu z naniesionymi zmianami dokonanymi w trakcie budowy, potwierdzonymi przez kierownika budowy i inspektora nadzoru oraz dziennik budowy, protokoły badań i sprawdzeń.

Zamawiająca miała sporządzić protokół odbioru częściowego i doręczyć wykonawcy w dniu zakończenia odbioru częściowego. Miała też wyznaczyć datę i rozpocząć czynności odbioru końcowego robót w ciągu 10 dni od zawiadomienia i zakończyć czynności odbioru w ciągu 7 dni roboczych licząc od rozpoczęcia odbioru oraz doręczyć wykonawcy protokół odbioru końcowego w dniu zakończenia odbioru.

Strony przyjęły, że jeżeli w toku czynności odbioru częściowego lub końcowego zostaną stwierdzone wady, to zamawiającej będzie przysługiwać uprawnienie do odmowy odbioru przedmiotu zamówienia do czasu usunięcia wad nadających się do usunięcia. Gdyby zaś wady nie nadawały się do usunięcia, to mogła ona obniżyć odpowiednio wynagrodzenie w związku z wadami, które nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem albo też odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi, gdyby wady uniemożliwiały użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem.

Strony zastrzegły prawo naliczania kar umownych za nieterminowe lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającej karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz w wysokości 30% wynagrodzenia za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Zamawiająca zobowiązała się zapłacić wykonawcy karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w przeprowadzeniu odbioru, z zachowaniem prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Zamawiająca mogła odstąpić od umowy lub jej części m.in. wtedy, gdyby wykonawca nie rozpoczął robót bez uzasadnionych przyczyn oraz ich nie kontynuował pomimo pisemnego wezwania. Wykonawca mógł odstąpić od umowy m.in. wtedy, gdyby zamawiająca nie zapłaciła stwierdzonego fakturami wynagrodzenia mimo dodatkowego wezwania bądź gdyby zawiadomiła wykonawcę, że wobec zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mogła spełnić swoich zobowiązań umownych wobec niego. W takim wypadku wykonawca w terminie 7 dni od daty odstąpienia od umowy przy udziale zamawiającej (inspektora nadzoru) miał sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót

według stanu na dzień odstąpienia, zabezpieczyć przerwane roboty, sporządzić wykaz materiałów do wykorzystania i zgłosić przerwane roboty do odbioru przez zamawiającą.

Wykonawca rozpoczął roboty w czerwcu 2009 r. Inspektor nadzoru polecił wówczas m.in. układanie sieci zgodnie z trasą wyznaczoną przez geodetę na projektowanej głębokości, zasypywanie robót sieciowych wyłącznie po ich odbiorze i za jego zgodą potwierdzoną wpisem do dziennika budowy, każdorazowe przygotowywanie odcinków sieci do prób i zgłaszanie tego wpisem do dziennika budowy.

23 lipca 2009 r. wykonawca zgłosił zamawiającej problemy wynikające z niedostarczenia przez nią wymaganych pozwoleń i dokumentacji projektowej w zakresie wykonania przewiertu pod torami kolejowymi PKP oraz przedmiarów uwzględniających konstrukcję obciążeniową. Wskazał, że z powodu braku możliwości wykonania przejścia pod torami kolektor sanitarny tłoczny i kolektor wodociągowy pozostaną niepodłączone do sieci, uniemożliwiając uruchomienie i sprawdzenie wykonywanego odcinka magistralnego sieci. Zgłaszał konieczność zastosowania innego rodzaju pomp w 13 z 26 przepompowni niż uwzględnione w projekcie, a także informował, że z powodu niewykonania przez zakład energetyczny złącza przepompowni ścieków nie ma możliwości jej uruchomienia i sprawdzenia. Prosił o zgodę na wykonanie omijającego odcinka sieci na jednej z nieruchomości z powodu niwelacji terenu i usytuowania na niej słupa energetycznego. Zamawiająca nie odpowiedziała na to wystąpienie, dlatego też wykonawca 21 lipca 2010 r. ponownie wystąpił o wydanie mu prawomocnego pozwolenia na budowę odcinka sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej pod torowiskami w miejscowości B. i R..

Jedynie do grudnia 2009 r. wykonawca zgłaszał wykonanie odcinków sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w dziennikach budowy, uprawniony geodeta inwentaryzował te prace, a inspektor nadzoru potwierdzał wykonanie odcinków stosownym wpisem. Budowano wówczas główne linie sieci i zasadniczo nie wykonywano jeszcze prac w obrębie prywatnych posesji. Ukończone roboty przed zasypaniem wykonanych odcinków nie były zgłaszane do dziennika budowy. Nie przeprowadzono prób ciśnienia i szczelności przy użyciu wody, gdyż wykonane

odcinki wodociągu nie były podłączone do sieci wodociągowej, a użycie wody dowożonej beczkowozami znacznie podwyższałoby koszty inwestycji, zwłaszcza wobec konieczności wcześniejszego płukania i dezynfekcji sieci. Wykonawca proponował inspektorowi nadzoru przeprowadzenie prób sprężonym powietrzem, lecz inspektor nadzoru odmówił na to zgody, powołując się na warunki umowy. Po sprawdzeniu ułożenia przewodów inspektor nadzoru zezwalał na ich zasypywanie, aby po kilka miesięcy nie stały niezasypane, zastrzegając jednocześnie, że niewykonanie takich prób następuje na ryzyko wykonawcy. Podpisywał też protokoły odbiorów częściowych bez protokołów wykonania prób. Czynił to po konsultacji z wójtem zamawiającej, gdyż inaczej wykonawca nie mógłby wystawić faktur częściowych, chociaż na bieżąco finansował zakup materiałów, użycie sprzętu i robociznę.

Z uwagi na warunki atmosferyczne prace wstrzymano w okresie od 17 grudnia 2009 r. do 17 maja 2010 r. 3 września 2010 r. wykonawca zwrócił się do zamawiającej o aneksowanie umowy co do procedury odbiorów częściowych. Wnioskował o pominięcie obowiązku załączenia do zawiadomienia o gotowości odbioru protokołów badań i sprawdzeń (m.in. szczelności, dezynfekcji i płukania), wskazując, że obrana technologia robót wynikająca z braku pozwolenia na przejście przez nasypy kolejowe kolektorami magistralnymi wodociągu i kanalizacji, uniemożliwia dokonanie odbioru częściowego zgodnie z warunkami umowy i w konsekwencji częściowe zafakturowanie robót.

W październiku, listopadzie i grudniu 2010 r. inspektor nadzoru potwierdzał wykonanie pewnych odcinków wpisami w dzienniku budowy, jednak bez wykonania prób ciśnienia i szczelności.

8 grudnia 2010 r. wykonawca zakończył budowę skrzyżowania kolektora tłoczego kanalizacji sanitarnej B. - B. w E. z torem kolejom linii PKP C. i skrzyżowania sieci wodociągowej z linią kolejową relacji C.-E., a inspektor nadzoru potwierdził wykonanie próby ciśnieniowej oraz gotowości tego odcinka do odbioru końcowego. Te prace wykonano starannie.

W 2011 r. wpisy inspektora nadzoru w dzienniku budowy dokumentujące postępy prac były już bardzo rzadkie i wskazywały na prowadzenie robót w miejscowościach B., M. i G.. Od lata 2011 r. nie inwentaryzowano geodezyjnie

wykonanych odcinków sieci, gdyż geodeci nie byli w stanie ich odnaleźć w terenie. Projekt przewidywał układanie wraz z siecią taśm magnetycznych pozwalających na jej lokalizację odpowiednim urządzeniem, lecz wykonawca ich nie układał.

Pismem z 28 lutego 2011 r. zamawiająca wystąpiła do Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w E. o wskazanie preferowanych parametrów urządzeń służących do pomiarownia pobieranej wody i odprowadzanych ścieków. W odpowiedzi uzyskała informację o rodzaju i typie wodomierza i przepływomierza, a wykonawca je zakupił i zamontował. Z uwagi na projektowane zasilanie przepływomierza z linii energetycznej oświetlenia ulicznego zamontowany przepływomierz nie działał prawidłowo. Nie był bowiem zasilany całodobowo oraz nie miał modułu zabezpieczającego przed zanikiem napięcia.

Od sierpnia 2009 r. do grudnia 2011 r. wykonawca wystawił zamawiającej faktury częściowe obejmujące wynagrodzenie za roboty przewidziane umową z 1 czerwca 2009 r., łącznie w kwocie 3.965.312,06 zł brutto. Zamawiająca je zapłaciła. W terminach wystawienia faktur wykonawca przedkładał zamawiającej protokoły odbioru wykonanych robót podpisane przez inspektora nadzoru, ze wskazaniem, że zakres objętych nimi robót jest zgodny z kosztorysem ofertowym, odebrano wymienione w nich elementy i części ujęte odrębnymi częściami kosztorysu.

Z uwagi na ujawnioną w trakcie budowy potrzebę wykonania dodatkowych prac, 27 czerwca 2011 r. strony zawarły umowę, na podstawie której zamawiająca zleciła wykonawcy wykonanie w terminie do 20 grudnia 2011 r.: 1) odcinka sieci wodociągowej J. - L. - M. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 109.150,95 zł brutto; 2) odcinka sieci kanalizacji sanitarnej J. - L. - M. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 113.596,06 zł brutto; 3) przecisku sterowanego wodociągu pod stawem na odcinku ok. 150 mb w miejscowości B. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 43.416,72 zł brutto; 4) przecisku sterowanego kanalizacji pod stawem na odcinku ok. 150 mb w miejscowości B. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 26.305,89 zł brutto; 5) montażu wodomierza zamiennie za urządzenie ujęte w zamówieniu publicznym za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 374,53 zł brutto; 6) montażu przepływomierza zamiennie za urządzenie ujęte w zamówieniu publicznym za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie

4.160,47 zł brutto. Wynagrodzenie za te roboty wynosiło łącznie kwotę 279.004,62 zł brutto i miało być wypłacane na podstawie faktur wystawianych oddzielenie dla każdego z zadań na podstawie zatwierdzonego protokołu odbioru w terminie 30 dni od wystawienia faktury. Procedura odbioru tych robót była taka sama jak przyjęta w umowie z 1 czerwca 2009 r. Strony przewidywały takie same postanowienia co do roszczeń z tytułu wad ujawnionych w trakcie odbioru oraz gwarancji jakości wykonanych prac.

W trakcie realizacji inwestycji pojawiały się problemy ze zgodą poszczególnych mieszkańców na wykonywanie prac budowlanych na ich posesjach. Od czasu opracowania projektów sieci do chwili ich realizacji zmieniali się właściciele nieruchomości, a nowi właściciele nie zawsze byli zainteresowani podłączeniem do sieci, co wstrzymywało prace. Niektóre nieruchomości nie były objęte projektem sieci, a właściciele domagali się jej wykonania. Wykonawca wykonał ok. 10-12 takich przyłączy na podstawie uzgodnienia z zamawiającą kierując właścicieli uprzednio do przyszłego administratora sieci. Inni właściciele nie wyrażali zgody na wykonanie na ich posesjach studni wodomierzowych i żądali wykonania przyłącza bezpośrednio do budynków, a jedna osoba odmówiła zgody na podłączenie do sieci kanalizacyjnej. Na niektórych nieruchomościach wzniesiono obiekty, których usytuowanie uniemożliwiało wykonanie linii wodociągu i kanalizacji według projektowanego przebiegu i niezbędne było wykonanie sieci inną trasą. Wykonawca nie zgłaszał konieczności takich odstępstw od projektu w sposób przewidziany w umowie. Kierownik budowy dzwonił do inspektora nadzoru, który zgodę na odstępstwa od projektu warunkował uzgodnieniem z projektantem. Drugi z inspektorów nadzoru był tak umówiony z wykonawcą, że zmiany nieistotne projektant zaakceptuje w trakcie odbioru końcowego, po inwentaryzacji. Wójt gminy osobiście wyrażał zgodę na zmiany i wykonanie dodatkowych prac na kilku nieruchomościach pozostając w przekonaniu, że po wpisaniu tych prac do dziennika budowy zamawiająca za nie zapłaci i że czuwa nad tym inspektor nadzoru.

Prace zamienne i dodatkowe wykonawcy polegały m.in. na rezygnacji z poszczególnych odcinków z jednoczesnym zwiększaniem długości innych odcinków sieci, zmianach w zakresie sposobu podłączenia budynków do

wodociągu i kanalizacji, rezygnacji z hydrantu w jednym miejscu i wykonywaniu dodatkowych hydrantów gdzie indziej, zmianach przebiegu trasy kolektora, rezygnacji ze studzienek, wykonywaniu studzienek gdzie indziej, rezygnacji z przecisków oraz wykonywaniu dodatkowych przecisków. W zakresie zwłaszcza sieci kanalizacyjnej część wykonanych robót dodatkowych nie została naniesiona na dokumentację powykonawczą.

6 grudnia 2011 r. wykonawca wystąpił do zamawiającej o przedłużenie terminu zakończenia prac budowlanych do 30 czerwca 2012 r. 19 grudnia 2011 r. strony podpisały aneksy do obu umów, w których przedłużyły termin wykonania prac do 30 czerwca 2012 r.

29 marca 2012 r. na zebraniu z udziałem m.in. wykonawcy, wójta, inspektora nadzoru i przeszłego administratora sieci wodociągowych i kanalizacyjnych ustalono zaawansowanie robót na 95%. Stwierdzono, że tereny po przeprowadzonych pracach są poprawione w stopniu umożliwiającym przejezdność, harmonogram rzeczowy inwestycji zostanie sporządzony do 6 kwietnia 2012 r., a protokoły konieczności do końca kwietnia 2012 r., zaś kosztorysy powykonawcze na przyłącza zostaną dostarczone w dniu odbioru końcowego.

Wpisem z 15 maja 2012 r. inspektor nadzoru zażądał uzyskania pisemnego potwierdzenia zlecenia wykonywanych robót przez zamawiającą, a w jego braku ich przerwania. 14 czerwca 2012 r. inspektor nadzoru stwierdził, że kanalizacja nie jest gotowa do odbioru końcowego, prosił o oficjalne zgłoszenie wodociągu do odbioru częściowego i wskazał, że na ten odbiór przygotować należy brakujące, a niezbędne według umowy i przepisów, dokumenty, w tym podpisane protokoły badań i prób. 22 czerwca 2012 r. wpisał, że wodociąg nie jest przygotowany do odbioru końcowego. 9 lipca 2012 r. w dzienniku budowy kanalizacji wskazał, że roboty nie nadają się do odbioru i powoływał się m.in. na niezgodność przepływomierza, brak uporządkowania posesji i dróg, brak dokumentacji.

W maju i czerwcu 2012 r. na około 70% sieci wodociągowej wykonawca przeprowadził próby ciśnienia. Wykazywały one awarie polegające przede wszystkim na braku odpowiedniego zabezpieczenia murami oporowymi łuków rurociągu, co powodowało jego rozszczelnienie. Stwierdzone awarie usuwano na

bieżąco. Prób nie dokumentowano protokołami, poza zakończoną pomyślnie próbą dotyczącą odcinka wodociągu od studni wodomierzowej w kierunku Bartoszyca o długości 1600 m. W próbach nie uczestniczył przedstawiciel zamawiającej, czasami był przy nich obecny przyszły administrator budowanej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej. Zamiast prób szczelności kanalizacji, na końcowym etapie realizacji inwestycji wykonawca na 53 odcinkach sieci wykonał monitoring kamerą wizyjną. Po obejrzeniu tej inspekcji, 27 lipca 2012 r. inspektor nadzoru i przyszły administrator sieci uznali, że jedynie 15 odcinków zostało wykonanych prawidłowo, a na pozostałych były potrzebne prace poprawkowe.

27 czerwca 2012 r. wykonawca przesłał zamawiającej kosztorysy powykonawcze na roboty dodatkowe, lecz ta 29 czerwca 2012 r. odmówiła zapłaty powołując się na art. 3 pkt 5.1 umowy z 1 czerwca 2012 r. i przepisy prawa zamówień publicznych. Wykonawca nie zgodził się z tym stanowiskiem i 4 lipca 2012 r. poinformował, że wszystkie dodatkowe roboty wykonane zostały na ustne polecenie osób prowadzących inwestycję ze strony zamawiającej i po uzyskaniu zapewnień, że zostaną one rozliczone.

12 czerwca 2012 r. wykonawca zlecał wykonanie badania próbek wody. W kilku przypadkach Powiatowa Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w E. stwierdzała, że próbki odpowiadają wymaganiom. Próbki wody pobrane w miejscowościach L. i R. nie spełniały norm.

Pismem datowanym na 30 czerwca 2012 r., a doręczonym zamawiającej 2 lipca 2012 r., wykonawca zgłosił roboty do odbioru końcowego. Sporządzoną wówczas dokumentację powykonawczą podpisał jedynie kierownik robót sanitarnych. 9 lipca 2012 r. komisja powołana przez zamawiającą rozpoczęła czynności odbiorowe i stwierdziła, że zgłoszenie robót do odbioru końcowego było przedwczesne, gdyż wykonawca nie dopełnił obowiązków wymaganych przy zawiadomieniu o gotowości do odbioru, tj. nie dostarczył protokołów z rozruchów przepompowni ścieków oraz protokołów badań i sprawdzeń szczelności instalacji. Komisja odstąpiła od odbioru do czasu przedłożenia dzienników budowy z wpisem kierownika budowy i potwierdzenia gotowości odbioru przez inspektora nadzoru.

Pismem z 13 lipca 2012 r. zamawiająca wyznaczyła wykonawcy dodatkowy termin na zakończenie wszystkich prac do 31 lipca 2012 r. pod rygorem odstąpienia

od obu umów. 24 lipca 2012 r. Spółka H. z o.o. w L. na zlecenie wykonawcy zakończyła rozruch zaprojektowanych przepompowni, co zostało potwierdzone protokołami rozruchu, protokołami pomiarów elektrycznych i protokołami odbioru. Za rozruch przepompowni ścieków H. Spółka z o.o. w L. obciążyła wykonawcę fakturą na kwotę 31.980 zł brutto.

25 lipca 2012 r. zebrała się komisja odbiorowa z udziałem wykonawcy. Inspektor nadzoru stwierdził wówczas, że jedynie 15 z wykonanych 53 odcinków kanalizacji nadaje się do odbioru bez poprawek, administrator wskazywał na konieczność wykonania płukania sieci i powtórnej inspekcji oraz że jedynie w części miejscowości B. zostały wykonane i odebrane próby szczelności wodociągu, w pozostałych miejscowościach ich nie odebrano, a wykonawca nie dostosował przepływomierza do wymaganych parametrów. Wykonawca odmówił podpisania protokołu.

Pismami z 1 sierpnia 2012 r. zamawiająca złożyła oświadczenie o odstąpieniu od obu zawartych umów powołując się na art. 491 § 1, art. 492 k.c. oraz art. 4 11. lit. d umowy z 1 czerwca 2019 r., gdyż roboty nie zostały wykonane w umówionym terminie i w terminie wyznaczonym dodatkowo. Wykonawca odmówił odbioru tych pism, więc je odczytano w jego obecności.

Notami księgowymi z 1 sierpnia 2012 r. zamawiająca naliczyła wykonawcy kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy za okres od 1 do 31 lipca 2012 r. w kwotach 1.657.008,90 zł i 15.500 zł oraz kary umowne za odstąpienie od umów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w kwotach 1.003.556,90 i 89.101,39 zł. Noty księgowe odczytano 1 sierpnia 2012 r. w obecności wykonawcy.

3 sierpnia 2012 r. komisja odbiorowa zamawiającej bez udziału wykonawcy dokonała oględzin na trasie inwestycji i stwierdziła szereg nieprawidłowości.

W piśmie z 7 sierpnia 2012 r. wykonawca uznał odstąpienie od umowy przez zamawiającą za nieskuteczne. Wystawił też fakturę końcową za wykonanie umowy z 1 czerwca 2009 r. na kwotę 1.398.104,36 zł, faktury za wykonanie poszczególnych zadań z umowy z 27 czerwca 2011 r. na łączną kwotę 297.004,63 zł i zażądał zapłaty tych kwot w terminie 14 dni oraz noty obciążeniowej w kwocie 151.625,96 zł za roboty dodatkowe oraz w kwocie 355.674,18 zł na karę umowną w związku z nieodebraniem przez zamawiającą wykonanej sieci.

W piśmie z 5 listopada 2012 r. wykonawca podwyższył karę umowną za zwłokę w odbiorze do kwoty, tj. 1.635.628,04 zł, a także wezwał zamawiającą do zapłaty kwoty 1.095.108,99 zł z tytułu wynagrodzenia umownego i kwoty 222.302,23 zł netto z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe nieobjęte umowami.

Zamawiająca zleciła G. J. prowadzącemu Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W. w E. wykonanie przeglądu kamerą przemysłową wnętrza wykonanej przez wykonawcę sieci kanalizacyjnej i taki przegląd na 70-75 % długości sieci został wykonany w listopadzie 2011 r. Niektórych odcinków nie dało się w ten sposób przeglądać, gdyż były podtopione lub zapiaszczone. Przegląd wykazał liczne zanieczyszczenia, deformacje rur, przeciwnospadki, uszkodzenia rur. G. J. zaobserwował infiltrację wód gruntowych do kanalizacji, co wskazywało na jej nieszczelność. Zamawiająca zleciła wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, co odbyło się tradycyjną metodą i trwało od lipca 2012 r. do listopada 2012 r., a także wykonała przedmiar robót na dokończenie i naprawę wodociągu i kanalizacji sanitarnej na odcinku E. - G. L. - B. - M. - R.. Następnie ogłoszono przetarg w celu wyłonienia wykonawcy zastępczego na dokończenie budowy.

Umową z 22 kwietnia 2014 r. zamawiająca zleciła Przedsiębiorstwu P. S.A. w S. realizację zadania polegającego na dokończeniu budowy wodociągu i kanalizacji sanitarnej na odcinku E. - G. L. - B. - M. - R. w terminie do 30 września 2014 r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1.660.500 zł brutto. 24 października 2014 r. roboty zostały odebrane i przekazano sieć do użytku. Faktura na kwotę 1.660.500 zł została przez zamawiającą zapłacona. Na podstawie umowy z 22 kwietnia 2014 r. ułożono odcinek około 500 m sieci, który wcześniej nie był w ogóle wykonany, przekładano około 5800 m sieci, które były ułożone z nieregularnymi spadkami, wyniesieniami, zastoiskami, przekładano lub wykonywano docieplenie rurociągu ułożonego za płytko. Stwierdzano stosunkowo niedużo popękań rurociągu. Wymieniono rury o nieprawidłowym przekroju ułożone w pasie drogowym. Ponownie wykonano rozruch przepompowni, a w kilku przepompowniach wykonano brakujące ogrodzenie, wymieniono uszkodzoną armaturę, naprawiono drogi i uporządkowano posesje prywatne. Przedsiębiorstwo

P. S.A. w S. od właściciela każdej nieruchomości uzyskiwało oświadczenia o należyтым wykonaniu robót. Pomimo wykonania prac wykończeniowych i naprawczych nadal zdarzają awarie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, które Przedsiębiorstwo P. S.A. w S. usuwa w ramach gwarancji z umowy z 22 kwietnia 2014 r.

Po zakończeniu prac przez Przedsiębiorstwo P. S.A. w S. i ich odebraniu przez zamawiającą w październiku 2014 r., sieć została przekazana administratorowi, który rozpoczął podpisywanie umów z mieszkańcami na zaopatrzenie w wodę i odprowadzenie ścieków.

W czasie prac wykończeniowych i naprawczych zamawiająca dodatkowo zleciła J. M. udokumentowanie stwierdzanych w trakcie wykonywania odkrywek i wykopów nieprawidłowości wykonania sieci. We wrześniu 2014 r. J. M. opracował tzw. dokumentację nieprawidłowości niedokończonej inwestycji, opisał i sfotografował zastany stan robót budowlanych. Zaobserwował m.in. całkowite rozszczelnienie sieci wodociągowej spowodowane przesunięciem bloków oporowych na załamaniu sieci, brak wymaganych spadków, zasypanie rurociągu gruntem rodzimym z kamieniami, co prowadziło do jego uszkodzeń, użycie materiałów innych niż przewidziano w projekcie.

Sąd Okręgowy uznał za nieskuteczne oświadczenie zamawiającej z 1 sierpnia 2012 r. o odstąpieniu od obu zawartych umów z uwagi na uchylenie terminowi także wyznaczonemu dodatkowo. Stwierdził, że nie wystąpiła żadna z okoliczności uzasadniająca w świetle umowy złożenie takiego oświadczenia. W relacjach między stronami mogły mieć zastosowanie przepisy o ustawowym prawie odstąpienia (art. 491-494 k.c.). Odnosząc się do tych okoliczności Sąd Okręgowy wskazał, że w dodatkowo wyznaczonym wykonawcy terminie zostały wykonane i zakończone 24 lipca 2012 r. rozruchy technologiczne przepompowni ścieków, co zostało potwierdzone protokołami rozruchu, protokołami pomiarów elektrycznych i protokołami odbiorczymi. Brak rozruchów technologicznych przepompowni ścieków zatem nie mógł uzasadniać odstąpienia 1 sierpnia 2012 r. od umowy przewidującej wykonanie tych prac ani tym bardziej od obu umów. Wykonanie w wyznaczonym dodatkowo terminie do 31 lipca 2012 r. brakujących prób szczelności i ciśnienia sieci było nierealne. Próby powinny być

przeprowadzane przed zasypaniem przewodów sieci i wówczas prace były kilkukrotnie zgłaszane do odbioru. Zaniechano ich za przyzwoleniem inspektora nadzoru, gdyż ich przeprowadzenie według umówionej technologii nie było możliwe z przyczyn obciążających zamawiającą. Wyznaczenie dodatkowego dwutygodniowego terminu do uzupełnienia brakujących prób było więc zabiegiem czysto formalnym, mającym stworzyć pretekst do odstąpienia od umowy. Skoro oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone 1 sierpnia 2012 r. nie było skuteczne, to nie uzasadniało roszczeń zamawiającej o kary umowne w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 30% przedmiotu każdej z tych umów.

Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione żądanie kar za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. Opóźnienie w realizacji zamówienia w okresie od 1 do 31 lipca 2012 r. było wynikiem opisanego wyżej braku współpracy zamawiającej w rozwiązywaniu problemu prób ciśnienia i szczelności. W ogóle niedopuszczalne było jednoczesne naliczanie kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy z karą umowną za odstąpienie od umowy.

Powyższe zadecydowało o oddaleniu roszczenia zamawiającej.

Oceniając roszczenie wykonawcy, Sąd Okręgowy wskazał, że zapłacone przez zamawiającą wynagrodzenie stwierdzone fakturami częściowymi, pomimo że w umowie było określone jako wynagrodzenie kosztorysowe, traktowane było przez strony jak wynagrodzenie ryczałtowe. Nie było ono ustalane na podstawie obmiarów, lecz według protokołów odbioru robót podpisywanych przez inspektora nadzoru i odsyłających do kosztorysu ofertowego. Posługując się tą samą metodą Sąd Okręgowy wyliczył, że wynagrodzenie niedopłacone wykonawcy na podstawie umowy z 1 czerwca 2009 r. wynosi 1.379.877,61 zł (tj. 5.345.189,67 zł brutto minus 3.965.312,06 zł brutto). Wykonawca nie wyjaśnił przy tym, z jakiego wyliczenia uzyskał żadaną z tytułu tej umowy kwotę 1.398.104,36 zł. Wynagrodzenie z umowy z 27 czerwca 2011 r. w kwocie 297.004,63 zł nie zostało zapłacone, a jest należne.

Sąd Okręgowy pomniejszył wynagrodzenie wykonawcy o poniesione przez zamawiającą koszty dokończenia i naprawienia przedmiotu umowy, tj. kwotę 1.660.500,00 zł brutto, zapłaconą wykonawcy zastępczemu stosownie do umowy z 22 kwietnia 2014 r., a powołał się przy tym na art. 656 § 1 i art. 636 § 1 k.c. oraz

art. 471 k.c. Wskazał, że wykonawca nie wykonał robót o wartości około 24.348 zł, ale jednocześnie wykonał roboty dodatkowe nieobjęte umowami, które stały się częścią systemów wodno-kanalizacyjnych zamawiającej i zostały ujęte w dokumentacji powykonawczej. Mają one wartość około 222.000 zł, a roszczenia wykonawcy z tego tytułu wynoszą 218.124,79 zł.

Sąd Okręgowy uznał, że uzasadnione było zlecenie przez zamawiającą wykonawcy zastępczemu dokończenia robót i ich poprawienia. Dlatego też należne wykonawcy na podstawie umów z 1 czerwca 2009 r. i z 27 czerwca 2011 r. wynagrodzenie (1.379.877,61 zł plus 297.004,63 zł) pomniejszył o wynagrodzenie wypłacone przez zamawiającą wykonawcy zastępczemu (1.660.500 zł). Ostatecznie w ocenie Sądu Okręgowego roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie umowne zasadne było co do kwoty 16.382,24 zł, a w pozostałej części podlegało oddaleniu (pkt IV wyroku). Odsetki od zasądzonej kwoty Sąd Okręgowy uznał za należne wykonawcy od 22 sierpnia 2012 r., tj. od upływu terminu płatności wystawionych przez niego faktur (art. 481 § 1 k.c.).

Sąd Okręgowy za zasadne uznał roszczenie wykonawcy o wynagrodzenie za roboty dodatkowe. Wprawdzie zostały one wykonane bez respektowania postanowień umowy co do tego, w jaki sposób roboty dodatkowe będą zgłaszane zamawiającej, ale stało się tak za przyzwoleniem obu stron.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w art. 11 ust. 1.2 lit b umowy z 1 czerwca 2009 r. zamawiająca zobowiązała się zapłacić wykonawcy karę umowną w wysokości 0.3% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w odbiorze robót. Kara umowna za okres od 1 lipca 2012 r. do 26 października 2012 r. (102 dni) w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki ($5.345.189,67 \text{ zł} \times 0,3\% = 16.035,57 \text{ zł}$) wynosiła zatem 1.635.628,04 zł. W ocenie Sądu Okręgowego, w art. 7 ust. 3 umowy z 1 czerwca 2009 r. strony postanowiły, że jeżeli w toku czynności odbioru częściowego lub końcowego zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługuje uprawnienie do odmowy odbioru robót do czasu ich usunięcia, jeżeli jest to możliwe. Pomimo formalnego zgłoszenia przez wykonawcę robót do odbioru, przedmiot umowy z 1 czerwca 2009 r. nie był ukończony i miał wady nadające się do usunięcia. Zamawiająca mogła więc wstrzymać się z obiórem robót do czasu usunięcia wad. Powinna była

jednak wyznaczyć wykonawcy realny termin usunięcia wad, nie zaś termin dwutygodniowy.

Wyrokiem z 30 lipca 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację zamawiającej od wyroku Sądu Okręgowego z 30 czerwca 2017 r. oraz w częściowym uwzględnieniu apelacji wykonawcy zmienił ten wyrok w punkcie III w ten sposób, że zasądził od zamawiającej na jego rzecz kwotę 1.044.377,17 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 822.074,94 zł od 22 sierpnia 2012 r. do 31 grudnia 2015 r. i za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. oraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 222.302,23 zł od 19 listopada 2012 r. do 31 grudnia 2015 r. i za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r., a w pozostałym zakresie apelację tę oddalił.

Sąd Apelacyjny zaakceptował ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, lecz ocenę prawną sprawy jedynie w części, a mianowicie co do charakteru i treści umów łączących strony, zakresu i sposobu rozliczenia robót dodatkowych wykonanych przez wykonawcę oraz oceny żądania stron z tytułu kar umownych.

Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu Sądu Okręgowego o dopuszczalności rozliczenia stron wbrew umowie w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe ani też umorzenia wierzytelności wykonawcy o zapłatę umownego wynagrodzenia z wierzytelnością zamawiającej o zwrot wydatków na wynagrodzenie wykonawcy zastępczego. Zamawiająca nie dochodziła bowiem roszczeń z rękojmi ani nie zgłosiła w postępowaniu przed Sądem Okręgowym zarzutu potrącenia roszczenia odszkodowawczego kompensującego szkodę, niezależnie od jej nieudowodnienia.

Uznając za bezzasadne zarzuty zamawiającej, Sąd Apelacyjny stwierdził, że przedmiot umowy został zgłoszony do odbioru w terminie określonym umową. Zamawiająca nie odebrała robót, jednakże nie ze względu na ich wady, lecz z powodu brakującej dokumentacji. Była przy tym współodpowiedzialna za braki dokumentacji niezbędnej do odbioru robót. Wyznaczenie przez nią w piśmie z 13 lipca 2012 r. dodatkowego terminu na zakończenie prac do 31 lipca 2012 r. było zabiegiem wysoce nielojalnym. Nie było bowiem możliwe, aby w tym terminie wykonawca przeprowadził próby szczelności wodociągu i kanalizacji. Wykonawca nie zaniechał jednak nałożonych umową obowiązków, lecz podjął czynności w celu uzyskania prób szczelności na większości odcinków i wypadały one pozytywnie.

Skoro nie było podstawy do pomniejszenia wynagrodzenia za roboty

wykonane przez wykonawcę, to jego roszczenie Sąd Apelacyjny uznał za zasadne w całości, po pomniejszeniu o kwoty już uregulowane. Strony rozliczały się na podstawie kosztorysu. Dokonywanie zatem przez Sąd Okręgowy rozliczeń pomiędzy stronami w oparciu o inne zasady było niedopuszczalne. Zamawiająca zapłaciła pozwanemu kwotę 365.312,06 zł. W takim wypadku zatem niezapłacone dotychczas przez powoda wynagrodzenie wynosiło 822.074,94 zł. Taką też kwotę tytułem wynagrodzenia umownego Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz wykonawcy.

Za prawidłową uznał Sąd Apelacyjny ocenę dochodzonego przez wykonawcę roszczenia o zapłatę kary umownej. Zaakceptował też stanowisko, że skoro nie dopełnił on wymaganych umową formalności warunkujących odbiór robót, to nie mógł naliczyć zamawiającej kary za nieprzystąpienie w terminie do ich odebrania.

Zamawiająca zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego z 30 lipca 2018 r. skargą kasacyjną w części co do rozstrzygnięcia oddalającego jej apelację od wyroku Sądu Okręgowego zarówno w odniesieniu do roszczenia, którego dochodziła od wykonawcy, jak i co do uwzględnionego przez Sąd Okręgowy roszczenia wykonawcy (pkt I-III i pkt IV). Zarzuciła, że orzeczenie to zostało wydane z naruszeniem prawa materialnego, tj.: - art. 637 § 1 i 2 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że na podstawie tego przepisu wezwała wykonawcę do usunięcia wad i wyznaczyła mu termin na ich usunięcie, w sytuacji gdy miało to miejsce przed odebraniem robót; - art. 636 § 1 k.c. przez błędną wykładnię i przyjęcie, że zobowiązana była do wykazania, w jakim zakresie realizacja robót zastępczych miała związek z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę, jaki był dokładnie zakres prac wykonanych przez wykonawcę zastępczego i czy zostały naprawione usterki w robotach wykonawcy, w sytuacji gdy powierzenie poprawienia lub dalszego wykonania dzieła innej osobie przed odebraniem dzieła odbywa się na koszt, niebezpieczeństwo i ryzyko przyjmującego zamówienie; - art. 647 k.c. przez błędną wykładnię i przyjęcie, że bezpodstawnie odmówiła odbioru końcowego robót i zobowiązana jest do zapłacenia wykonawcy kwoty 822.074,94 zł tytułem dopłaty do wynagrodzenia, w sytuacji gdy przedmiot umowy nie został ukończony i odebrany oraz posiadał wady istotne; - art. 498 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 499 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie,

że oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 1.660.500 zł z tytułu kosztów naprawy wad i dokończenia budowy wodociągu i kanalizacji sanitarnej przez wykonawcę zastępczego z wierzytelnością z tytułu pozostałej części wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w kwotach 1.379.87761 zł i 297.004,63 zł, nie wywarło skutku, w sytuacji gdy pismem z 7 września 2017 r. przesłała wykonawcy oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, a następnie w toku postępowania apelacyjnego zgłosiła zarzut potrącenia; - art. 471 k.c. przez błędne zastosowanie i przyjęcie, że zobowiązana była do wykazania, w jakim zakresie realizacja poszczególnych robót zastępczych miała związek z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę oraz jaki był dokładnie zakres robót wykonanych przez wykonawcę zastępczego i czy faktycznie zostały naprawione usterki w robotach pierwotnie wykonanych, w sytuacji gdy przedstawiła do potrącenia wierzytelność o zwrot wynagrodzenia zapłaconego stosownie do art. 636 § 1 k.c.; - art. 62 § 2 k.c. w związku z art. 35.1-4 i art. 5.3.5. umowy z 1 czerwca 2009 r. przez błędną wykładnię i uznanie, że roboty dodatkowe mogły być wykonane z pominięciem procedury określonej umową; - art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 11.1.2. a umowy z 1 czerwca 2009 r. i art. 9.1.2 a umowy z 27 czerwca 2011 r. przez błędną wykładnię i uznanie, że nie istniały podstawy do naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu umów; - art. 411 pkt 1 k.c. przez błędną wykładnię i uznanie, że wykonawca może żądać należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia chociaż wiedział, iż nie był do świadczenia zobowiązany; - art. 483 § 1 w związku z art. 471 k.c. przez błędną wykładnię i uznanie, że przekroczenie terminu wykonania umowy było wynikiem okoliczności niezawinionych przez wykonawcę.

Zamawiająca zarzuciła też, że zaskarżony wyrok został wydany z naruszeniem prawa procesowego, tj.: - art. 328 k.p.c. przez pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyjaśnienia dlaczego sąd nie zastosował art. 636 § 1 w związku z art. 656 § 1 k.c. i przyjął, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone jedynie wobec pełnomocnika wykonawcy, skoro powód oświadczenie o potrąceniu z 7 września 2017 r. wysłał na adres wykonawcy wskazany w pozwie i ewidencji działalności gospodarczej jako adres do doręczeń i dowody zostały dołączone do pisma procesowego z 18 października 2017 r.; - art. 227 k.p.c. przez

uznanie, iż Sąd Okręgowy zasadnie oddalił wniosek dowodowy z dokumentów potwierdzających straty wody w sieci wodociągowej i infiltrację wód gruntowych do sieci kanalizacyjnej po październiku 2014 r., twierdząc, że dotyczyły okresu po wykonaniu prac usuwających wady robót, w sytuacji gdy stosownie do art. 636 k.c. wykonawca zastępczy działa na koszt i ryzyko wykonawcy; - art. 382 k.p.c. przez przyjęcie, że powód nie wykazał, iż przedmiot umowy posiadał wady istotne i nie istniały podstawy do dokonania jego odbioru końcowego; art. 385 k.p.c. przez oddalenie apelacji zamawiającej.

Zamawiająca wniosła o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Wykonawca zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego co do rozstrzygnięcia oddalającego jego apelację od wyroku Sądu Okręgowego, to jest w pkt IV i zarzucił, że orzeczenie to zostało wydane z naruszeniem prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 378 i 382 k.p.c. przez niewyjaśnienie, dlaczego przyjął, że nie można obciążać wykonawcy brakiem prób ciśnieniowych i szczelności ani brakiem rozruchów przepompowni, aby następnie obciążać wykonawcę następstwami ich braku oraz z naruszeniem prawa materialnego, tj. art. 483 k.c. i art. 647 k.c. przez uznanie, że zamawiająca mogła odstąpić od odbioru robót, podczas gdy podane przyczyny odstąpienia od odbioru Sąd Apelacyjny uznał za nieuzasadnione czy wręcz nielojalne a zatem uzasadnione było naliczanie przez wykonawcę przewidzianej w umowie kary umownej za nieprzystąpienie do odbioru.

Wykonawca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i zmianę wyroku Sądu Okręgowego przez orzeczenie zgodnie z żądaniem jego pozwu a ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Zamawiająca wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej wykonawcy, a wykonawca o oddalenie skargi kasacyjnej zamawiającej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Konstrukcja apelacji jako środka zaskarżenia zakłada, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę ponownie, w granicach wyznaczonych w art. 378 k.p.c., o wykładni którego Sąd Najwyższy wypowiedział się w uchwale

składu siedmiu sędziów z 31 stycznia 2007 r. - zasadzie prawnej - III CZP 49/07 (OSNC 2008, nr 6, poz. 55). Zastosowanie przez sąd drugiej instancji prawa materialnego musi być osadzone w prawidłowo zrekonstruowanej podstawie faktycznej sporu. Sąd drugiej instancji oczywiście nie ma obowiązku ponownego przeprowadzenia dowodów, natomiast – w razie podniesienia zarzutów odnoszących się do ustalonej podstawy rozstrzygnięcia, a takie zarzuty zgłosiły strony w apelacjach od wyroku Sądu Okręgowego - musi ponownie przeanalizować zarówno te dowody, jak i sposób ich oceny, a w razie potrzeby uzupełnić materiał zebrany w sprawie, a to w celu wypracowania własnego stanowiska co do jej podstawy faktycznej. Jeśli stanowisko to nie różni się od zajętego przez sąd pierwszej instancji, wystarczy, że sąd drugiej instancji da wyraz temu, że zgadza się z jego ustaleniami.

W połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach strony niniejszego postępowania dochodziły roszczeń pozostających w związku z tą samą kategorią zdarzeń w związku z zawarciem i wykonywaniem umów o wybudowanie instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej, ale podstawy faktyczne, z których wywodziły poszczególne roszczenia - poza wspólną bazą - wymagały bardziej szczegółowych i zróżnicowanych ustaleń, do których odnieść należało ocenę prawną. Roszczenie wykonawcy zmierzało do uzyskania wynagrodzenia z umów zawartych z zamawiającą oraz kwoty, o którą ta się wzbogaciła jego kosztem w związku ze zrealizowaniem na jej rzecz robót nieobjętych umową, natomiast zamawiająca - broniąc się przed tymi roszczeniami - powołała się na konieczność uwzględnienia jej wydatku na rzecz podmiotu, który zastępczo wykonał prace niewykonane przez wykonawcę i usunięcie wad prac wykonanych przez niego niezgodnie z umową, ale też żądała od wykonawcy kary umownej (a zatem pewnej postaci odszkodowania) za naruszenie zobowiązania i takiej też kary żądał wykonawca.

Określający wymagania stawiane uzasadnieniu orzeczenia art. 328 § 2 k.p.c. ma w związku z art. 391 § 1 k.p.c. odpowiednie zastosowanie w postępowaniu apelacyjnym. Odpowiednie stosowanie art. 328 § 2 k.p.c. do uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji oznacza, że uzasadnienie to nie musi zawierać wszystkich elementów uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji; sąd odwoławczy obowiązany jest zamieścić w nim takie elementy, które ze względu

na treść apelacji i zakres rozpoznania są potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy. Jeśli sąd drugiej instancji, po zbadaniu materiału dowodowego zebranego w sprawie i jego przeanalizowaniu, podzieli ocenę dowodów i ustalenia, do których ona doprowadziła, to nie ma potrzeby, by w swoim uzasadnieniu powiełał argumenty przytoczone przez sąd pierwszej instancji. Wystarczy, że da wyraz swojej akceptacji dla ustaleń i ocen sądu pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie wskazał, że „ustalenia faktyczne i dokonana na ich podstawie ocena prawna zasługują na uwzględnienie jedynie w części” i wyjaśnił, że zaaprobował ustalenia dotyczące charakteru i treści umów łączących strony oraz zakresu i sposobu rozliczenia robót wykonanych poza umową. W nawiązaniu do zarzutów apelacji zamawiającej zakwestionował jednak stanowisko Sądu Okręgowego, jakoby dopuszczalne było rozliczenie stron w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, gdyż umowa jednoznacznie przewidywała rozliczenie kosztorysowe. Wskazaniu na inną niż zastosowana przez Sąd Okręgowy metodę obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy powinno jednak towarzyszyć ustalenie, jak wysokie jest to wynagrodzenie według kosztorysów powykonawczych robót, które wykonawca zrealizował na podstawie umowy, a zatem w nawiązaniu do ich obmiarów i stawek jednostkowych, o których strony postanowiły, że posłużą do oznaczenia ostatecznej ceny za poszczególne rzeczywiście wykonane prace. Sąd Apelacyjny zadeklarował w uzasadnieniu, że do tego wątku ustaleń wróci jeszcze w motywach wyroku, ale ostatecznie wyjaśnił jedynie (s. 53 uzasadnienia), że ze względu na podniesione przez zamawiającą zarzuty wykonawca obliczył raz jeszcze wynagrodzenie, które mu się należy „biorąc pod uwagę aktualne (zweryfikowane) kosztorysy powykonawcze oraz umowę.” Z tej wypowiedzi nie wynika, przez kogo te kosztorysy powykonawcze zostały zweryfikowane i na czym polega ich aktualność. Sąd Apelacyjny oparł rozstrzygnięcie o wysokości wynagrodzenia, które powinno być dopłacone wykonawcy na jego oświadczeniu, że „wysokość należnego mu wynagrodzenia wynosiła 4.787.387 zł”, ale z uzasadnienia wyroku nie wynika, czy Sąd Apelacyjny poprzestał w tym zakresie na oświadczeniu wykonawcy, uznając, że nie zostało zaprzeczone przez zamawiającą, czy też miał podstawy do ustalenia tej okoliczności zgodnie z twierdzeniem wykonawcy.

Z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego – przytoczonych wprowadzie przez Sąd Apelacyjny, ale bez jednoznacznej deklaracji, czy je akceptuje i uznaje za własne, czy też inaczej postrzega fakty istotne w sprawie – wynika, że znaczny odstęp czasu między przygotowaniem dokumentacji projektowej dla inwestycji i wyznaczeniem jej zasięgu a podpisaniem umowy z wykonawcą spowodował powstanie takich zmian na terenie nią objętym, które wymagały bieżącego reagowania i w zasadzie natychmiastowego podejmowania decyzji co rozwiązań zamiennych. Trzeba przy tym podkreślić, że to zamawiająca - zgodnie z rozkładami praw i obowiązków w umowie uregulowanej w art. 647 i n. k.c. - odpowiadała za udostępnienie wykonawcy dokumentacji projektowej i wszelkich pozwoleń, od uzyskania których zależała możliwość prowadzenia inwestycji, jak i za zachowanie ich aktualności oraz takich właściwości terenu, jakie w tej dokumentacji projektowej i zezwoleniach zostały ujęte. Racjonalność zachowań w procesie inwestycyjnym wymaga, by te roboty budowlane, które zostały zrealizowane zamiennie, w związku ze stwierdzeniem różnic między stanem terenu, na którym inwestycja miała powstać a danymi projektowymi traktować jak wykonane zgodnie z umową i na jej podstawie oraz rozliczać według stawek mających mieć zastosowanie w kosztorysie powykonawczym, który wykonawca zobowiązany był sporządzać dla każdego odcinka wykonanych prac. W takim kosztorysie nie mogą być jednak ujęte czynności, których wykonawca nie przeprowadził i roboty, których nie wykonał.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że dochodzący wynagrodzenia wykonawca wykonał pewne roboty zamienne (o wartości około 200.000 zł) ale równocześnie nie wykonał pełnego zakresu robót objętych umową, które realizował później wykonawca zastępczy (o wartości 24.348 zł). Wynika z nich także, że do pewnych robót (np. instalacja pod drogami publicznymi) wykonawca użył niewłaściwych materiałów albo zrealizował je niewłaściwie od strony technicznej, co wiązało się nie tylko z oszczędzeniem wydatków na materiały ale i na nakład pracy fizycznej potrzebnej do ich wbudowania w grunt (np. braki podsypki, obsypki i nadsypki przewodów, zbyt płytkie posadowienie rur). Powstaje zatem kwestia, czy stawki kosztorysowe zastosowane przez wykonawcę do określenia ceny za roboty, które wykonał nieprawidłowo od strony technicznej, technologicznej i projektowej odpowiadają charakterowi prac, które zrealizował.

W świetle art. 647 k.c. obowiązkiem zamawiającego było zapłacenie wykonawcy wynagrodzenia za roboty wykonane na podstawie umowy, ale - przy przyjętej przez strony metodzie jego obliczania – powinno to być wynagrodzenie za roboty rzeczywiście wykonane na podstawie dwóch umów oraz roboty, które można zakwalifikować jako zamiennie, zastępujące w ramach inwestycji prace niemożliwe do zrealizowania z uwagi na zmienione pomiędzy powstaniem projektu i podpisaniem umowy uwarunkowania faktyczne i prawne, a przy tym służące osiągnięciu tego samego gospodarczego celu co inwestycja. Zakwestionowanie przez Sąd Apelacyjny stanowiska Sądu Okręgowego o ryczałtowej metodzie rozliczania się stron, przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania, jakie wynagrodzenie kosztorysowe Sąd ten uznaje za należne wykonawcy za roboty rzeczywiście wykonane na podstawie obu umów, usprawiedliwiało zarzut kasacyjny zamawiającej, że art. 647 k.c. został przez Sąd Apelacyjny zastosowany mimo braku dostatecznych ustaleń faktycznych.

Umowa z 1 czerwca 2009 r. została zawarta w reżimie przepisów o zamówieniach publicznych, co wiązało się z nałożeniem na obie jej strony w interesie publicznym szeregu ograniczeń, przede wszystkim gdy chodzi o możliwości odstępowania od tego, do czego zobowiązały się przy jej zawarciu przez dowolne modyfikowanie jej treści. Wykonawcy znane były wszystkie oczekiwania zamawiającej, gdy chodzi o przedmiot umowy, łącznie z projektowaną jej treścią, i to zanim jeszcze zdecydował, że będzie zabiegał, żeby stać się jej stroną. Zamawiająca, niezależnie od ograniczeń, które zwykle łączą się z jej uczestnictwem w obrocie cywilnoprawnym, a podyktowanych tym, że jest jednostką sektora finansów publicznych, musiała zdawać sobie sprawę z tego, że zawierając umowę, musi współdziałać z wykonawcą dla osiągnięcia zamierzonego celu (art. 354 § 2 k.c.). Z ustaleń przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia wynika, że strony precyzyjnie określiły obowiązujący je sposób postępowania, gdyby pojawiła się potrzeba wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych umową z 1 czerwca 2009 r. Przyjęły mianowicie, że takie roboty dodatkowe będą przedmiotem zamówień publicznych, udzielanych jednak z wolnej ręki, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Wykonawcy nie wolno było realizować prac dodatkowych bez takiego zamówienia. O tym, że zamawiająca w pewnych sytuacjach widziała potrzebę

poszerzenia zakresu robót powierzonych wykonawcy, a i on sam wiedział, że musi uzgodnić z zamawiającą zasady, według których zrealizuje roboty nieprzewidziane umową z 1 czerwca 2009 r., świadczy podpisanie umowy z 27 czerwca 2011 r. dotyczącej sześciu dodatkowych zadań do wykonania.

Ten sposób postępowania nie został jednak zachowany w odniesieniu do robót, których wartość Sąd Okręgowy oznaczył na kwotę około 222.000 zł. Roboty te zostały zakwalifikowane jako dodatkowe, a zarazem o takim charakterze, że po ich wykonaniu powstały elementy sieci wodno-kanalizacyjnej zaspakajającej potrzeby mieszkańców zamawiającej gminy, wbudowane w tę sieć, odzwierciedlone w dokumentacji powykonawczej i w jakimś zakresie niemożliwe do odłączenia od niej. Trafnie zamawiająca akcentuje, że rygoryzm zamówień publicznych służy realizacji interesu publicznego, a od stających do przetargów wykonawców zabiegających o zawarcie z nim poszczególnych umów należy oczekiwać profesjonalizmu i przestrzegania zobowiązań, które zaciągnęli, gdyż inne podejście stawiałoby pod znakiem zapytania sensowność stosowania ustawy o zamówieniach publicznych w stosunkach umownych. Takiego samego profesjonalizmu należy jednak oczekiwać także od zamawiających na podstawie tej ustawy. Z ustaleń przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, i w tym zakresie niewątpliwie zaakceptowanych przez Sąd Apelacyjny, wynika, że działający w imieniu zamawiającej wójt oraz inspektor nadzoru przez dłuższy czas obserwowali prace wykonawcy, wiedzieli o zgłaszaniu potrzeby wykonania robót dodatkowych między innymi przez mieszkańców, przyzwalał na ich wykonanie, deklarowali zapłacenie za nie w ramach końcowego rozliczenia, a sprzeciw wobec ich prowadzenia został odnotowany w dzienniku budowy dopiero tuż przed upływem terminu odebrania inwestycji. Powyższe okoliczności, przy uwzględnieniu charakteru robót, których dotyczy roszczenie wykonawcy, a mianowicie tego, że zostały wbudowane w sieć należącą do zamawiającej i przez nią eksploatowaną, uzasadniało uwzględnienie roszczenia wykonawcy o zasądzenie kwoty odpowiadającej ich wartości. W tym zakresie zarzuty skargi kasacyjnej zamawiającej, odnoszące się zarówno do ustaleń, jak i wykładni i zastosowania w sprawie art. 411 pkt 1 k.c., nie były zasadne (zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2017 r., V CSK 481/16, niepubl. i przytoczone tam orzecznictwo).

Sąd Apelacyjny, chociaż wymagał tego art. 382 k.p.c., zaniechał jednak uzupełnienia ustaleń albo innego odniesienia się do okoliczności, które miały miejsce już po zakończeniu postępowania przed Sądem pierwszej instancji, natomiast mogą mieć znaczenie z punktu widzenia odpowiedzi na pytanie o zasadność potrącenia roszczenia zamawiającej o zwrot kosztów wykonania zastępczego z roszczeniem wykonawcy o wynagrodzenie i wartość robót dodatkowych. Do pisma procesowego z 18 października 2017 r. (k. 1946-1951) zamawiająca dołączyła bowiem dowody przesłania na adres wykonawcy oświadczenia z 7 września 2017 r. o potrąceniu z jego wierzytelnością o zapłatę pozostałego wynagrodzenia wierzytelności zamawiającej w stosunku do niego o pokrycie kosztów wykonania zastępczego robót, których nie wykonał i usunięcia wad tych robót, które wykonał nieprawidłowo (k. 1952-1954). Niewątpliwie okoliczności, o których tu mowa należą do istotnych w sprawie, skoro na wyniku postępowania zaważyło stwierdzenie Sądu Apelacyjnego, że Sąd Okręgowy rozliczając strony nie miał podstaw do umorzenia wierzytelności wykonawcy przez jej kompensację z wierzytelnością zamawiającej, gdyż ta nie złożyła oświadczenia o potrąceniu mogącego wywołać skutek przewidziany w art. 498 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 499 k.c.

Z ustaleń Sądu Okręgowego, do których Sąd Apelacyjny nie odniósł się uznając, że wobec niezgłoszenia zarzutu potrącenia nie mają one znaczenia w sprawie, wynika, że zanim doszło do odebrania robót zamawiająca stwierdziła występowanie w nich licznych wad, których poprawienie zleciła wykonawcy zastępczemu. Zadbala zresztą także o udokumentowanie stwierdzanych wadliwości robót wykonanych przez wykonawcę, zanim zostały poprawione i zakryte. Wykonawcę zastępczego zamawiająca wyłoniła w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych, co zostało uznane przez Sąd Okręgowy za pewien mechanizm weryfikujący zapłacone mu wynagrodzenie. Te aspekty wzajemnych rozliczeń stron zostały pominięte przez Sąd Apelacyjny w związku z błędami w wykładni i stosowaniu art. 636 § 1 i art. 637 § 1 i 2 k.c.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 12 stycznia 2006 r., II CSK 336/05 (niepubl.), zgodnie z art. 656 k.c. do skutków wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego dzieła,

jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Ochrona zamawiającego na podstawie przepisów o rękojmi za wady (art. 637 § 1 i 2 k.c. przy uwzględnieniu także art. 638 k.c.) realizuje się dopiero po odebraniu dzieła (zob. też uchwałę Sądu Najwyższego z 28 października 1997 r., III CZP 42/97, OSNC 1998, nr 4, poz. 54 i wyroki Sądu Najwyższego: z 4 kwietnia 1997 r., II CKN 65/97, niepubl., z 3 listopada 2000 r., IV CKN 152/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 63, z 17 stycznia 2019 r., IV CSK 532/17, niepubl.). Skoro w rozpoznawanej sprawie wady robót budowlanych ujawnione zostały jeszcze w trakcie ich realizacji, to przepisy dotyczące rękojmi za wady wykonanego dzieła nie mogły mieć do nich zastosowania. Zgodnie art. 636 § 1 k.c., jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin; po bezskutecznym upływie terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Z ustaleń zaakceptowanych przez Sąd Apelacyjny wynika, że w terminie określonym umową i w dodatkowym wyznaczonym wykonawcy na ukończenie robót, roboty te nie były ukończone i nie było warunków do ich odebrania, a zarazem już wówczas ujawniły się wady, które wymagały usunięcia, co zamawiająca zleciła wykonawcy zastępczemu. Ta sytuacja i będące jej konsekwencją roszczenia wymagają oceny przez Sąd Apelacyjny.

Z ustaleń zaakceptowanych przez Sąd Apelacyjny wynika, że za doprowadzenie do stanu, w którym niemożliwe stało się odebranie robót wykonawcy w terminie określonym umową odpowiada on sam (o czym niżej), ale i zamawiająca, która nie dostarczyła mu we właściwym terminie zezwoleń pozwalających na wykonanie takich robót, od których zależała możliwość bieżącego, zgodnego z technologią, wykonywania prób szczelności i ciśnienia w wybudowanej sieci, a nadto jeszcze inspektor nadzoru zamawiającej zlecał zasypanie wybudowanych instalacji bez przeprowadzenia tychże prób. W efekcie, gdy przyszło do odbioru robót, okazało się, że wykonawca nie może dostarczyć zamawiającej wymaganych przez nią dokumentów, bez których do odbioru nie

dojdzie. Skoro jednak współodpowiedzialną za ten stan jest zamawiająca, to nie mogła w związku z jego powstaniem odstąpić od umowy, a zatem także naliczyć kar umownych za doprowadzenie do stanu uzasadniającego złożenie takiego oświadczenia. Nieuzasadnione w okolicznościach sprawy było też jej twierdzenie, że wykonawca pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem umowy uzasadniającym naliczenie kar umownych w czasie, gdy podejmował działania mające usunąć skutki wcześniejszych opóźnień i braki w dokumentacji obciążające tak jego, jak i zamawiającą. Żądanie w takich okolicznościach kary umownej przez zamawiającą nie znajduje uzasadnienia w art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 11.1.2 umowy z 1 czerwca 2009 r. i art. 9.1.2. umowy z 27 czerwca 2011 r.

Jeżeli przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy. W takiej sytuacji w ogóle nie można mówić o opóźnieniu po stronie przyjmującego zamówienie, warunkującym możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 21 września 2006 r., I CSK 129/06, niepubl., z 15 listopada 2016 r., III CSK 397/15, niepubl., z 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17, niepubl., z 13 września 2017 r., IV CSK 603/16, niepubl., z 29 listopada 2018 r., IV CSK 378/17, niepubl.).

Skoro pewne zarzuty skargi kasacyjnej zamawiającej okazały się zasadne z uwagi na możliwy wpływ uchybień w wykładni i stosowaniu prawa na wynik sprawy, to na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w części, w której Sąd ten orzekł o apelacji zamawiającej od wyroku Sądu Okręgowego w przedmiocie żądania zasądzenia wynagrodzenia wykonawcy, a na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił jej skargę kasacyjną w części, w której dotyczyła rozstrzygnięcia o jej apelacji od rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w przedmiocie żądania zasądzenia kar umownych.

Nie ma racji wykonawca, gdy zarzuca, że Sąd Apelacyjny niekonsekwentnie rozważył problem postawy zamawiającej wobec odbioru robót budowlanych. Z motywów wyroku wynika, że Sąd Apelacyjny zaakceptował ustalenie i sformułowaną w odniesieniu do niego przez Sąd Okręgowy ocenę, iż na etapie

wykonywania poszczególnych części sieci wodociągowej i kanalizacyjnej strony - z uwagi na niedostarczenie pewnej dokumentacji i zezwoleń przez zamawiającą - zaniechały prowadzenia wymaganych zgodnie z umową prób ciśnieniowych i szczelności, gdyż były one niemożliwe do przeprowadzenia w technice przewidzianej umową, a zastosowanie innej techniki znakomicie podniosłoby koszty inwestycji. Nie tylko w świetle umowy, ale i ze względu na właściwości jej przedmiotu oraz celu, do osiągnięcia którego zmierzała zamawiająca przez jej zawarcie, dla obu stron musiało być oczywiste, że sieć przed jej oddaniem do użytku będzie wymagała sprawdzenia. Wykonawca przez pewien czas nie wyciągał konsekwencji z zaniechania przez zamawiającą wykonania ciążących na niej stosownie do art. 647 k.c. obowiązków z zakresu współdziałania z nim (dostarczenie dokumentacji i pozwoleń), ale też był informowany przez przedstawiciela zamawiającej, że przed końcowym odbiorem próby szczelności i ciśnieniowe będą konieczne. Ryzyko zaniechania ich wykonywania w czasie, gdy powinny się odbyć zgodnie z umową musi zatem obciążyć obie strony, nie zaś tylko wykonawcę albo tylko zamawiającą.

Ocena Sądu Apelacyjnego, że wykonawcy nie należą się kary umowne za opóźnienie w odbiorze końcowym robót nie wynika - jak sugeruje wykonawca - z niekonsekwencji w ocenie prawnej i sposobie jej zaprezentowania w motywach wyroku, lecz przeciwnie, jest wyrazem konsekwentnego stanowiska, że ostateczne odebranie robót bez wymaganych prób nie mogło nastąpić. Wykonawca nie był zatem gotowy do oddania robót ani 30 czerwca 2012 r., ani w wyznaczonym mu dodatkowym terminie do 31 lipca 2012 r. Także w dłuższym terminie, to jest do 26 października 2012 r., na który powołuje się sam wykonawca odnosząc do niego obliczenie żądanych kar umownych, nie spełnił on wymagań warunkujących przystąpienie przez zamawiającą do ostatecznego odebrania przedmiotu umowy. W tym czasie bowiem wykonawca zastępczy usuwał wady robót, jak i zrealizował roboty niewykonane przez wykonawcę.

W świetle art. 647 k.c. obowiązkiem zamawiającego w umowie o roboty budowlane jest odebranie robót powierzonych wykonawcy. Ich przedmiot, zwany w art. 647 k.c. obiektem, może mieć różne właściwości, chociaż zwykle sprowadza się do pewnego nakładu na nieruchomość lub jej części składowe. Zamawiająca

w niniejszej sprawie nie powierzyła wykonawcy robót polegających na samym tylko umieszczeniu w ziemi pewnych przewodów i rur. Przedmiotem wykonania była sieć wodociągowa i kanalizacyjna. Materiały wbudowane w ziemię na różnych nieruchomościach miały zatem stworzyć instalację działającą sprawnie i zachowaniem standardów wyznaczonych przez odpowiednie przepisy, nie tylko budowlane, ale i np. sanitarne. Zawierając umowę strony uzgodniły między innymi to, w jakich okolicznościach zamawiająca ma ostatecznie odebrać roboty od wykonawcy. Ze zreferowanych wyżej postanowień umowy wynika, że stwierdzenie wad robót po zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości do ostatecznego przekazania zamawiającej przedmiotu umowy miało spowodować odsunięcie w czasie odbioru aż do ich usunięcia albo - gdyby były nieusuwalne - nawet odstąpienie od umowy. W świetle dokonanych w sprawie ustaleń nie ma wątpliwości, że 31 lipca 2012 r. przedmiot umowy nie był w takim stanie, żeby można od zamawiającej oczekiwać, iż go ostatecznie odbierze. W dodatkowym terminie wykonawca przeprowadził konieczny rozruch przepompowni, ale nie przeprowadził wówczas jeszcze (także w zastępczej technice wobec braku możliwości zastosowania oczekiwanej zgodnie z umową) prób szczelności i ciśnieniowych instalacji. Przeprowadzona później weryfikacja jakości robót ujawniła natomiast wiele ich wad, o różnej skali. W tym stanie rzeczy trafne jest stanowisko Sądu Apelacyjnego o braku podstaw do naliczenia przez pozwanego kary za nieprzystąpienia przez zamawiającą do czynności odbioru robót, a skarga kasacyjna wykonawcy kwestionująca rozstrzygnięcie oddalające jego apelację od wyroku Sądu Okręgowego, który oddalił w tej części powództwo, jako niezasadna podlegała oddaleniu - art. 398¹⁴ k.p.c.

O kosztach postępowania w toku instancji, jak i kasacyjnego, orzeknie Sąd Apelacyjny stosownie do wyniku postępowania.

jw