

Sygn. akt I ACa 1099/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Sędziowie:	SSA Maria Iwankiewicz SSO del. Krzysztof Górski
Protokolant:	sekr.sądowy Beata Węgrowska-Płaza

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Gminy R.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 14 lipca 2015 roku, sygn. akt VIII GC 19/13

I. **oddala apelację,**

II. **zasądza od powódki Gminy R. na rzecz pozwanej Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

SSA M. Iwankiewicz SSA M. Gołuńska SSO del. K. Górski

Sygn. akt I ACa 1099/15

UZASADNIENIE

W pozwie z 9 lipca 2012 roku powódka Gmina R. wniosła o zasądzenie od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwoty 2.343.802,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 sierpnia 2011 r. oraz z kosztami procesu. Powódka doprecyzowała roszczenie o należności odsetkowe na rozprawie w dniu 2 października 2013 r. Gmina - szerzej to uzasadniając – wskazała podała, że kwota dochodzona pozwem stanowi karę umowną z tytułu 47 dni zwłoki w wykonaniu umowy przez pozwane przedsiębiorstwo.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany w odpowiedzi na pozew szeroko przekonywał, że odmowa dokonania odbioru przedmiotu umowy podstawowej przez powódkę naruszała obowiązek inwestora określony w dyspozycji art. 647 k.c. oraz pozostawała sprzeczna z treścią łączącego strony stosunku zobowiązaniowego.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 14 lipca 2015 roku :

oddalił powództwo (pkt I.) oraz zasądził od powódki Gminy R. na rzecz pozwanego Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 18.434 zł tytułem kosztów procesu (pkt II.).

Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach :

oferta Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w G. została wybrana przez Gminę R. jako najbardziej korzystna w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane na zadaniu „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej S.-S.-R., obszar gminy R.”. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej- SIWZ) wykonawca miał obowiązek określić w ofercie cenę brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Wskazano, że kosztorys powinien być opracowany w oparciu o przedmiar i dokumentację techniczną przekazaną przez zamawiającego. W toku przetargu powódka złożyła kosztorys ofertowy wraz z uzupełniającym, które stanowiły integralną część umowy.

13 maja 2010 r. powódka jako zamawiająca i pozwany jako wykonawca zawarli umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie „Budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej S.-S.-R., obszar gminy R.” (§ ust. 1 umowy). Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysie ofertowym i harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 1 ust. 2 umowy). Strony postanowiły, że termin zakończenia robót nastąpi nie później niż do 15 grudnia 2010 r. i jest to termin złożenia końcowej faktury o płatność wraz z bezusterkowym protokołem końcowym odbioru robót i kosztorysem powykonawczym sprawdzonym przez inspektorów nadzoru (§2ust.2 i 3). W § 5 umowy ustalono wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości 4.986.813,29 zł, które obejmowało 22 % podatek VAT - 899.261,41 zł. (ust. 1). Strony postanowiły, że wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową, przedmiarem robót (kosztorys podstawowy), kosztorysem uzupełniającym, kosztami związanymi z zajęciem pasów drogowych, wszelkiego rodzaju odszkodowań oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty (ust. 2). W myśl § 5 ust. 5 umowy rozliczenie pomiędzy stronami miało następować sukcesywnie na zasadzie ratalnej wypłaty wynagrodzenia za wykonane roboty na podstawie faktur wystawionych przez wykonawcę, na podstawie zatwierdzonego protokołu częściowego odbioru robót i kosztorysu wykonawczego. W § 6 ust. 1 strony przewidziały odbiory częściowe, odbiory robót zanikających i ulegających zakryciu oraz odbiór końcowy. Wykonawca miał zgłosić zamawiającemu pisemnie gotowość do odbioru końcowego, a podstawą tego zgłoszenia miało być faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w dzienniku budowy wpisem kierownika budowy (robót) potwierdzonym przez inspektora nadzoru inwestorskiego. Zapis z § 6 ust. 5 umowy określał dokumenty, które wraz ze zgłoszeniem do odbioru końcowego wykonawca przekazać miał zamawiającemu. Zamawiający zobowiązany był do dokonania lub odmowy dokonania odbioru końcowego w terminie 14 - dni od dnia rozpoczęcia tego odbioru. Za datę wykonania przez wykonawcę zobowiązania z umowy, uznano datę odbioru, stwierdzoną w protokole odbioru końcowego powiązaną z datą złożenia sprawdzonego kosztorysu powykonawczego (§ 6 ust. 8). W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek zamawiający mógł odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a wykonawca miał je usunąć na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W § 8 ust. 1 lit. a) umowy ustalono, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną: za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy - w wysokości 1,00 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1, za każdy dzień zwłoki. Strony zawarły cztery aneksy do łączącej ich umowy ,w aneksach nr (...) z dnia 16.11.2010 r. i nr 3 z dnia 15.04.2011 r. dokonano zmiany terminu ukończenia prac z uwagi na występowanie i utrzymywanie się trudnych warunków gruntowo-wodnych oraz wysokiego stanu wody w rzece I., a także z długim okresem zalegania śniegu i występowania mrozów (styczeń – marzec 2011 r.). Ostatecznie w

aneksie nr (...) z dnia 26.05.2011 r. ustalony został termin ukończenia prac na dzień 22 czerwca 2011 roku z powodu konieczności wykonania zwiększonego nakładu prac: wykonania i montażu ogrodzeń przepompowni głównych 8 szt. oraz nieprzewidzianych na etapie projektowania budowy, kanalizacji rozdzielczej i przepięć szamb o łącznej długości ok. 100 mb. Aneksem nr (...), w związku ze zmianą wysokości stawki podatku VAT, strony dokonały korekty wynagrodzenia wykonawcy na kwotę 4.994.252,09 zł w tym podatek VAT - 22% w kwocie 735.607,91 zł i podatek VAT - 23% w kwocie 171.092,30 zł. Podmiotem obsługującym realizację inwestycji ze strony powódki i pełniącym funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego było Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. W dniu 6.05.2011 r. w Urzędzie Miasta w R. odbyło się spotkanie przedstawicieli inwestora, inwestora zastępczego i wykonawcy, z udziałem dyrektora i projektanta NFOŚ S., dotyczące przebiegu realizacji inwestycji, w związku ze zbliżającym się terminem odbioru. Omówione zostały bieżące problemy wykonawcze i pozostałe do wykonania prace, a także dostrzeżone przez inwestora uchybienia. Kolejne spotkanie odbyło się w dniu 24.05.2011 r., omawiano m.in. kwestię robót dodatkowych ,nieprzewidzianych wcześniej w projekcie, przy jednoczesnym stwierdzeniu wykonania wszystkich etapów budowy sieci. Wykonawca poruszył też kwestię aneksowania terminu wykonania umowy w związku z koniecznością wykonania przełączeń w S. oraz przełączeń gospodarstw, które na etapie projektowania nie istniały lub nie miały szamb, a teraz je posiadają i chcą się podłączyć do kanalizacji. Burmistrz R. wyraził na to zgodę ,uzgodniono podpisanie aneksu wydłużającego zakończenie inwestycji do 22.06.2011 r.

Pismem z 31.05.2011 r. wykonawca , w nawiązaniu do wpisów w dziennikach budowy, dokonanych w tym samym dniu przez kierownika budowy, zgłosił powódce zakończenie robót objętych umową nr (...). Oświadczenie o zrealizowaniu robót złożył na piśmie kierownik budowy M. K. (1). Gmina w piśmie z 3.06.2011 r. poprosiła wykonawcę o pilne dostarczenie do 7.06.2011 r. protokołów badań z odwiertów wskazanych miejscach wykopów, a także przypomniała wykonawcy o dostarczeniu na dzień odbioru, tj. 8.06.2011 r. oświadczeń właścicieli nieruchomości objętych budową kanalizacji, że nie wnoszą uwag do przywrócenia terenu do stanu pierwotnego. W kolejnym piśmie z 6.06.2011 r. zamawiająca poinformowała wykonawcę , że odrzuca rozpisanie czynności odbiorowych z uwagi na nie przekazanie przez wykonawcę szeregi dokumentów, wymienionych w § 6 ust. 4 i 5 umowy. W piśmie z 8.06.2011 r. powódka poinformowała pozwanego, że w dalszym ciągu brakuje pewnych dokumentów i że do czasu ich dostarczenia nie zostaną podjęte czynności związane z odbiorem robót. W dniu 7.06.2011 r. wykonawca złożył w UM w R. dokumentację odbiorową wg załączonego spisu. Zarządzeniem z 13.06.2011 r. Burmistrz R. powołał komisję do odbioru prac, w jej skład weszli : przedstawiciele inwestora zastępczego- Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o., przedstawiciele Zakładu Handlowo-Usługowego (...) spółki z o.o. - zarządcy sieci, pracownicy UM w R., dwóch radnych i dwóch sołtysów.

W dniu 16.06.2011 r. o godz. 8⁽⁰⁰⁾ odbyło się spotkanie Burmistrza R. z prezesem zarządu wykonawczej spółki W. M., w toku spotkania omawiana m.in. kwestię zaległych faktur .Burmistrz natomiast wyraził zastrzeżenia do prac wykonywanych przez pozwanego .Przez kierownika zespołu zarządzającego zadaniem - A. H.- poruszona została kwestia niezwłocznego wykonania przełączenia poszczególnych szamb do sieci. O godzinie 10-ej rozpoczęło się spotkanie przedstawicieli inwestora, inwestora zastępczego, wykonawcy i innych zainteresowanych podmiotów, dotyczące ostatnich prac, w tym przełączeń szamb. Inspektorzy nadzoru sygnalizowali kwestie konieczności kompletowania przez wykonawcę dokumentów wymaganych umową i prawem budowlanym. W dniu 16 czerwca 2011 r. strony zawarły nadto umowę na roboty dodatkowe określone w protokołach konieczności wykonania robót dodatkowych z 15.12.2010 r. i z 15.06.2011 r. , w terminie nie później niż do dnia 8 sierpnia 2011 r. (§ 1 i 2 umowy). Wynagrodzenie za roboty dodatkowe ustalono jako ryczałtowe w wysokości określonej sprawdzonymi przez inspektora nadzoru kosztorysami na kwotę 65.287,27 zł netto plus podatek VAT. Natomiast w § 4 ust. 1 umowy strony postanowiły, że prawa i obowiązki stron tej umowy pozostają bez zmian w stosunku do umowy z 13 maja 2010 r.

W dniu 27.06.2011 r. podpisany został protokół odmowy odbioru końcowego inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej S. - S. – R.”. Komisja odbiorowa mianowicie po dokonaniu przeglądu wykonanych robót stwierdziła, że budowa kanalizacji sanitarnej nie została wykonana zgodnie z projektem, umową nr (...) i pozwoleniem na budowę. W konsekwencji komisja odmówiła odbioru stwierdzając ,że : a) nie zostały wykonane wszystkie roboty związane z przełączeniem szamb, b) nie zostały wykonane wszystkie roboty odtworzeniowe nawierzchni drogowych i przebiegu sieci, c) na pewnych odcinkach kanalizacja sanitarna została wykonana niezgodnie

z zatwierdzonym projektem (zmiana trasy i lokalizacji na innych działkach). Szczegółowy zakres uwag zawarty został w załącznikach nr 1 i nr 2 do protokołu. Po wykonaniu całego zakresu robót wykonawca zobowiązany został do zgłoszenia zakończenia robót. Pismem z 27.06.2011 r. Burmistrz R. poinformował wykonawcę, że komisja odbiorowa odmawia odbioru z powodów wymienionych w pkt. III protokołu.

Przy piśmie z dnia 5.07.2011 r. wykonawca przekazał inwestorowi 52 protokoły przełączenia kanalizacji z posesji w miejscowości S. – S.. Przełączenia polegały na podłączeniu odpływu ścieków z posesji do sieci kanalizacyjnej zamiast do przydomowych zbiorników (szamb); odbyły się w okresie 20 – 30 czerwca 2011 r. W piśmie z dnia 5.07.2011 r. wykonawca, w nawiązaniu do spotkania odbiorowego z 16.06.2011 r. i podjęcia przez inwestora decyzji o wykonaniu przyłączy kanalizacyjnych, poinformował go, że pod groźbą nieodebrania robót wykonawca przystąpił natychmiast do wykonywania zakresu 200 mb przyłączy. Zakres przyłączy został wykonany i w związku z tym wykonawca ponownie zgłosił zadanie inwestycyjne do odbioru końcowego. W dniu 7.07.2011 r. odbyło się spotkanie komisji odbiorowej z wykonawcą, na którym poruszona została m.in. kwestia opuszczenia przez projektantów jednej działki, która nie została ujęta w pozwoleniu na budowę, a przez którą przebiega sieć. Ze spotkania tego zostały spisane „Uwagi, usterki i braki skierowane od komisji odbiorowej do wykonawcy inwestycji”, w których m.in. zalecono przywrócenie położenia studni rozprężnej w parku na działkę (...), obecnie studnia jest położona na działce nieukazanej w pozwoleniu na budowę i projekcie budowlanym.

W dniu 12.07.2011 r. wykonawca, w związku z wykonaniem uwag, usunięciem usterek i braków stwierdzonych przez komisję odbiorową, zgłosił zadanie inwestycyjne do odbioru końcowego, a Burmistrz R. dzień później wyznaczył spotkanie komisji odbiorowej na 18.07.2011 r. W dniu 13.07.2011 r. spisany został protokół odbioru technicznego dotyczący włączenia studni rozprężnej SR-4 do sieci w ul. (...) w R..

Wykonawca przekazał zamawiającemu w dniu 18.07.2011 r. uzupełnienie do spisu dokumentacji odbiorowej. Pismem z tej samej daty wykonawca odniósł się do jednej z przyczyn odmowy odbioru robót w dniu 27.06.2011 r., tj. niewykonania wszystkich robót związanych z przełączeniem szamb, wskazując na daty przełączeń poszczególnych posesji w miejscowościach S. i S.. Podsumowując, wykonawca stwierdził, że skoro na polecenie inspektora nadzoru E. K. obciążył sieć kanalizacyjną ściekami, to należy przyjąć, że faktyczny odbiór inwestycji miał miejsce w dniu 20.06.2011r., tj. w dniu podłączenia pierwszego gospodarstwa domowego w miejscowości S., od którego rozpoczęło się faktyczne i rzeczywiste użytkowanie kanalizacji. W piśmie z 22.07.2011 r. wykonawca odniósł się do kwestii usytuowania studni rozprężnej SR-4, wskazując że jej lokalizacja była omawiana z A. P. (1), który wraz z A. P. (2) był na budowie podczas ustawiania studni i nie mieli uwag (do lokalizacji). Według wykonawcy studnia SR-4 posadowiona jest prawidłowo, w jedynie możliwym miejscu ze względu na istniejące uzbrojenie i nie ma możliwości innego usytuowania.

W dniu 27.07.2011 r. podpisany został protokół nr (...) odmowy odbioru końcowego robót, spisany w okresie od 18 do 21 lipca 2011 r. Komisja odbiorowa po dokonaniu przeglądu wykonanych robót stwierdziła, że budowa kanalizacji sanitarnej nie została wykonana zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, umową nr (...) oraz pozwoleniami na budowę. Komisja odmówiła odbioru z następujących przyczyn: a) studnia w ul. (...) została wykonana niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym - przekazana mapa geodezyjna potwierdza dane nieprawdziwe; zgodnie z projektem budowlanym studnia miała być wykonana w odległości 1,5 m od istniejącej kanalizacji, a została wykonana w odległości 28 cm, b) na podstawie inwentaryzacji powykonawczej i geodezyjnych szkiców połowych stwierdzono, że nie została wykonana rura osłonowa kanalizacji sanitarnej pod drogą wojewódzką nr (...) (ul. (...)) zgodnie z projektem budowlanym. W związku ze stwierdzeniem braku rury osłonowej komisja odbiorowa zobowiązała inspektora nadzoru, pracowników zamawiającego i użytkownika z udziałem wykonawcy do dokonania sprawdzenia wszystkich przewiertów w celu potwierdzenia, że zostały zastosowane rury osłonowe kanalizacji, a w przypadku braku tych rur nakazanie ponownego wykonania kanalizacji zgodnie z dokumentacją projektową. Wykonawca w piśmie z dnia 28.07.2011 r. odniósł się do kwestii rury osłonowej dla kolektora w przejściu przez drogę wojewódzką nr (...). Wskazując na zmienioną technologię wykonania kanalizacji z wykopu otwartego na kanalizację wykonywaną przewiertem, zaznaczył, że zmiana technologii była omawiana i sugerowana do zastosowania na naradzie w dniu 14.10.2010 r., z udziałem projektanta. Ponadto zarządca drogi, tj. (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. Rejon Dróg

Wojewódzkich w P. w piśmie z 10.01.2011 r. zasugerował pozwanemu wykonanie robót kanalizacyjnych w obrębie dróg przy użyciu technologii przewiertu sterowanego. W następstwie tego wykonawca zwrócił się do zamawiającego pismem z 17.01.2011 r. o zgodę na zmianę technologii. **Pismem z dnia 29.07.2011 r. Burmistrz R. zawiadomił wykonawcę**, że na podstawie decyzji komisji odbiorowej odmawia dokonania odbioru końcowego z powodu: 1) wykonania studni SR-4 w ul. (...) niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym (przesunięcie o 2,5-3 m, a tym samym zbliżenie do istniejącego kolektora Ø 400 na odległość 28 cm); 2) braku rury osłonowej pod drogą wojewódzką nr (...) w ul. (...), 3) zalecenia komisji sprawdzenia czy zostały wykonane wszystkie rury osłonowe.

W dniu 2.08.2011 r. Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w S. przeprowadził kontrolę budowy kanalizacji sanitarnej realizowanej przez pozwanego dla Gminy R. na podstawie umowy nr (...) z 13.05.2010 r. Kontrolujący swoje uwagi i ustalenia zamieścili w protokole, stwierdzając m.in. że skontrolowany zakres robót zrealizowany został zgodnie z udzielonym pozwoleniem na budowę. W dniu 2.08.2011 r. odbyło się Burmistrza R. z członkami zarządu pozwanego przedsiębiorstwa mające na celu polubowne załatwienie sprawy inwestycji. Przedstawiciele wykonawcy oświadczyli, że uwagi komisji odbiorowej z czerwca i lipca zostały uwzględnione niezwłocznie na co złożono pisma. Burmistrz oświadczył, że najpóźniej na 8.08.2011 r. wyznaczy spotkanie komisji odbiorowej celem sprawdzeniu czy uwzględniono jej uwagi.

W dniu 8.08.2011 r. miało miejsce spotkanie komisji odbiorowej z przedstawicielami wykonawcy dotyczące spornych kwestii, które stanowiły odmowę odbioru inwestycji w dniu 27.07.2011 r. **Ostatecznie w tym dniu spisany został protokół odbioru końcowego**, którym komisja odebrała od wykonawcy i przyjęła do eksploatacji kanalizację grawitacyjno-tłoczną w miejscowościach R., S. i S.. Komisja nie stwierdziła wad trwałych i usterek. W załączniku do protokołu zamieszczone zostały uwagi i ustalenia, w tym uzyskanie akceptacji sposobu wykonania przejścia pod drogą wojewódzką nr (...) i uzyskanie zgody projektanta na sposób wykonania studni rozprężnej.

W dniu 11.08.2011 r. Gmina R. wystawiła notę obciążeniową nr (...) obciążając Przedsiębiorstwo (...) spółkę z o.o. w G. kwotą 2.343.802,11 zł tytułem kar umownych za niedotrzymanie terminu zakończenia robót, tj. za okres od 22 czerwca do 8 sierpnia 2011 r., tj. za 47 dni x 49.868,13 zł za dzień. W dniu 18.08.2011 r. w UM w R. odbyło się spotkanie przedstawicieli inwestora z przedstawicielami wykonawcy, którego głównym tematem była wysokość noty obciążeniowej nr (...). Wykonawca wskazał, że zaksięgowanie noty skutkowałoby koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości firmy, zaś inwestor wskazał, że muszą być egzekwowane postanowienia umowne, gdyż w grę wchodzi środki publiczne. Spotkanie zakończyło się propozycją skorzystania z mediatora sądowego. Pismem z dnia 2.09.2011 r. Gmina wystosowała do wykonawcy ostateczne wezwanie do zapłaty kwoty 2.343.802,11 zł z noty obciążeniowej, w terminie 7 - dni od otrzymania wezwania pod rygorem skierowania roszczenia na drogę sądową.

Wady i usterki opisane w protokole odmowy odbioru z dnia 27.06.2011 r. dotyczące robót odtworzeniowych nawierzchni drogowych i przebiegu sieci nie miały istotnego charakteru. Nie wykluczały możliwości użytkowania przedmiotu umowy podstawowej z dnia 13.05.2010 r. Większość zgłoszonych uwag komisji odbiorowej podanych jako przyczyna odmowy odbioru nie była zawiniona przez wykonawcę lub wykraczała poza zakres prac wynikających z umowy. Podobnie - wady i usterki opisane w protokole odmowy odbioru z dnia 27.07.2011 r. nie miały istotnego charakteru. Nie wykluczały możliwości użytkowania przedmiotu umowy podstawowej; nie przeszkadzały również w użytkowaniu sieci i nie uzasadniały odmowy dokonania odbioru końcowego. Według treści załącznika do protokołu odbioru końcowego robót z 8.08.2011 r. usterki będące wcześniej powodem odmowy odbioru, choć nie zostały usunięte, to nie stanowiły podstawy odmowy odbioru.

Zrealizowanie polecenia inwestora z dnia 16.06.2011 r. wykonania przełączenia wszystkich szamb w ilości ok. 230 mb, nie było możliwe w terminie do dnia 22.06.2011 r. Na dzień drugiego zgłoszenia robót do odbioru, w lipcu 2011 r., przełączenia wszystkich szamb były wykonane. Technologicznie jest możliwe przesunięcie albo przebudowanie studni SR-4 bez konieczności wstrzymania pracy sieci kanalizacyjnej w związku z cyklicznym tłoczeniem ścieków przez przepompownie. Można skorzystać z tego cyklicznego włączania się pompowni i na czas tak małego zakresu prac gromadzić ścieki w zbiorniku pompowni. Użytkowanie sieci kanalizacyjnej oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie sieci przez Gminę R. wskazuje na prawidłową lokalizację studni SR-4. Do dokonania końcowego odbioru robót

nie było konieczne przekazanie przez wykonawcę wszystkich dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 5 umowy z dnia 13.05.2010 r. Nie wszystkie wymienione w powyższych postanowieniach umowy dokumenty były niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Do sporządzenia dokumentacji powykonawczej dla zrealizowanej inwestycji niezbędne było dysponowanie aktualnymi podkładami geodezyjnymi w zakresie aktualnych uzgodnień Zakładu Uzgodnień Dokumentacji. Niemożliwe było sporządzenie przez wykonawcę kompletnej dokumentacji powykonawczej, wobec nieposiadania zaktualizowanej dokumentacji projektowej (z naniesionymi zmianami uzgodnionymi z zamawiającym i projektantem) oraz aktualnych uzgodnień z ZUD. Do uzyskania tych uzgodnień zobligowany był projektant działający w imieniu inwestora. Wobec wydanych w dniu 10.01.2011 r. przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. – Rejon Dróg Wojewódzkich w P. warunków, konieczne pozostawało zastosowanie się wykonawcy do wymogów zarządcy drogi w zakresie sposobu wykonania prac polegających na umieszczeniu sieci kanalizacyjnej pod drogą. Prace objęte umową na roboty dodatkowe ,a dotyczące monitoringu GPS pompowni i ogrodzenia terenów pompowni, były niezbędne do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem funkcjonowania robót z umowy podstawowej. Ich niewykonanie w całości lub w części uniemożliwiało wystąpienie do właściwego organu o pozwolenie na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wykonanej na podstawie umowy podstawowej z 13.05.2010r.

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych , dokonując ich oceny prawnej , Sąd Okręgowy uznał , że powództwo jest bezzasadne w całości.

Sąd przypomniał ,że powódka jako zamawiający dochodziła z tytułu zawartej w dniu 13.05.2010 od pozwanego przedsiębiorstwa jako wykonawcy zapłaty kwoty 2.343.800,11 zł wyliczonej jako kara umowna należna za zwłokę w wykonaniu umowy .Jako podstawę roszczenia powódka wskazywała § 8 ust. 1 lit. a) umowy według którego wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy - w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki . Uwzględniając powyższe Sąd przyjął ,że podstawą prawną roszczenia powódki są przepisy art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c., pierwszy definiuje karę umowną, drugi dotyczący aktualizacji roszczenia o jej zapłatę.

Dalej Sąd zaznaczył ,że strony były zgodne co do szeregu istotnych w sprawie faktów , a mianowicie co do tego, że ostatecznie termin zakończenia robót z umowy z 13.05.2011 określono na „do 22.06.2011 r.” , że wykonawca zgłosił ich wykonanie wpisem do dziennika budowy w dniu 31.05.2011 r. ,jak i to ,że ostatecznie protokół odbioru końcowego robót podpisany został w dniu 8.08.2011r.,a więc 47 dni po umówionym terminie zakończenia robót. Sporne między stronami było natomiast to było to spowodowane przez wykonawcę , czy też przez nieuzasadnioną odmowę inwestora odbioru robót, w czerwcu i w lipcu 2011r. Konieczne było też przesądzenie czy obrona pozwanego wykonawcy ,że nie ma zwłoki z jego strony również z tej przyczyny ,iż zawarta w dniu 16.06.2011 r. umowa o roboty dodatkowe była związana z przedmiotem umowy podstawowej, a więc niejako automatycznie wydłużała termin wykonania robót z tej pierwszej umowy do dnia 8.08.2011 r., tak jak umowy na roboty dodatkowe.

Ostatecznie Sąd uznał , że powódka jako inwestor niezasadnie dwukrotnie odmówiła odbioru robót co oznacza ,że ich odbiór w dniu 8 sierpnia 2011 r. nie oznaczał zakończenia robót dopiero z tą datą, tak więc wykonawca nie był w zwłoce pozwalającej na naliczanie kar umownych . Uzasadniając takie swoje przekonanie Sąd stwierdził ,że w judykaturze przyjmuje się jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, to inwestor zobowiązany jest dokonać ich odbioru, a w protokole z tej czynności należy zawrzeć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W konsekwencji oznacza to ,że odmowa odbioru robót przez inwestora jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie nadaje się do użytkowania .Z treści przepisu art. 647 k.c. wynika ,że obowiązek inwestora odbioru robót budowlanych odpowiada obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu. Natomiast kwestia czy wykonawca wykonał roboty budowlane w sposób zgodny z projektem i zasadami wiedzy technicznej może być przedmiotem sporu, ale już po spełnieniu obowiązków przez każdą ze stron. Przenosząc to do sprawy Sąd przypomniał ,że ustalono , iż w dniu

31.05.2011 r. wykonawca zgłosił powódce wykonanie zobowiązań z umowy podstawowej, zostało to potwierdzenie we wpisach do dziennika budowy kierownika budowy M. K. (1) (dziennik nr 36 i dziennik nr 36 drugi egzemplarz) oraz inspektora nadzoru robót sanitarnych G. D.. Cztery dni wcześniej w ten sam sposób zostało potwierdzone wykonanie robót elektrycznych. W następstwie tych czynności powódka, poprzez komisję odbiorową, przystąpiła do czynności odbiorowych, które zakończyły się spisaniem w dniu 27 czerwca 2011 r. protokołu odmowy odbioru. Podane przyczyny takiej decyzji to: niewykonanie wszystkich robót związanych z przełączeniem szamb, niewykonanie wszystkich robót odtworzeniowych nawierzchni drogowych i przebiegu sieci, wykonanie na pewnych odcinkach kanalizacji sanitarnej niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym. W załącznikach do protokołu powyższe uwagi zostały uszczegółowione. W ocenie Sądu tak określone przyczyn odmowy odbioru nie były wystarczające, w szczególności wypunktowane w załącznikach uwagi, wskazane usterki i wady nie miały charakteru istotnego, a więc uniemożliwiającego korzystanie z przedmiotu umowy. Sąd zaznaczył, że co do pierwszej przyczyny odmowy odbioru (przełączenie szamb), to jak wynika z dziennika budowy nr 36 - drugi egzemplarz, zlecenie wykonania odprowadzenia ścieków z posesji do sieci kanalizacyjnej ogólnospławnej zamiast do szamba wydane zostało przez inspektora nadzoru dopiero w dniu 16.06.2011 r. Potwierdzeniem tego jest notatka służbowa z dnia 16.06.2011 r. i pismo wykonawcy z 5.07.2011 r. do powódki, w którym wskazano, że pod groźbą nieodebrania zadania inwestycyjnego pozwany natychmiast przystąpił do wykonywania zakresu 200 mb przyłączy w związku z decyzją inwestora podjętą na spotkaniu w dniu 16.06.2011 r., pomimo braku na nie dokumentacji technicznej (projektowej) i pozwolenia (zgłoszenia) na ich budowę. Pozwany przypominał też powódce, że na spotkaniu 6.05.2011 r. burmistrz poinformował go, że przyłącza do prywatnych posesji nie będą wykonywane. W ocenie Sądu przywołane dokumenty potwierdzają wprost twierdzenia wykonawcy, że wstrzymanie realizacji przełączeń szamb do połowy czerwca 2011 r., a więc na kilka dni przed umownym terminem w ogóle zakończenia robót, wynikało z braku opisu sposobu ich wykonania w dokumentacji projektowej i SIWZ, braku stosownych uzgodnień i dokumentów, a zasadniczo dlatego, że inwestor nie miał środków finansowych na te roboty. Sąd odwołał się w tym miejscu nadto do opinii biegłego sądowego Z. S., który na podstawie analizy dokumentacji projektowej ustalił, że przyłącza nie były przedmiotem projektów budowlanych, a wymagań w zakresie wykonania przyłączy i przełączeń nie ma w SIWZ. Jedynym dokumentem opisującym prace na przyłączach (przełączeniach szamb) jest kosztorys inwestorski podający jaki zakres prac trzeba skalkulować, ale według biegłego i tak wykonawca nie miał możliwości prawidłowego wykonania prac w zakresie przełączeń, gdyż inwestor nie przekazał odpowiednich dokumentów umożliwiających realizację prawidłowo robót. Sąd podzielił opinię biegłego, że choć na dzień 8.08.2011 r. przyłącza w ilości 239,70 mb były wykonane, to brak właściwych dokumentów, które był zobowiązany dostarczyć inwestor, koniecznych do realizacji tych robót. Niewykonanie tych robót nie mogło być podstawą do odmowy odbioru robót z powołaniem się na niewykonanie wszystkich robót w zakresie przełączeń szamb. Sąd zaakcentował też, odwołując się do opinii biegłego sądowego, że zasadniczo nie było możliwe wykonanie takiej ilości przełączeń szamb w terminie 10 dni. Sąd zauważył, że przełączenie wiąże się z puszczaniem ścieków do sieci kanalizacyjnej, co sprawia, że od tego momentu następuje w istocie użytkowanie sieci przez inwestora z wszelkimi konsekwencjami faktycznymi i prawnymi. W konsekwencji Sąd ocenił, że brak przełączeń wszystkich szamb na dzień pierwszej odmowy odbioru robót nie stanowił dla tego uzasadnionej podstawy. Analogiczna była ocena odmowy odbioru z powodu niewykonania wszystkich robót odtworzeniowych nawierzchni drogowych i przebiegu sieci, a tego dotyczyła większość uwag zawartych w zał. nr 1 i 2 do protokołu z dnia 27.06.2011 r. Według Sądu uwagi i zastrzeżenia zamawiającego w tym zakresie należało ocenić jako drobne usterki, w żadnym razie nie stanowiły one przeszkody w odbiorze zadania inwestycyjnego, zwłaszcza w kontekście rozpoczęcia odbioru ścieków już 20 czerwca 2011 r. Usunięcie takich usterek powinno nastąpić na bieżąco w wyznaczonym przez inwestora terminie, co zresztą nastąpiło. Sąd podkreślił, odwołując się do opinii biegłego sądowego, że znaczna część nakazanych przez inwestora do usunięcia usterek wykraczała poza zakres umówionych robót. Biegły podał, że powszechnie panującą praktyką jest, iż drobne elementy robót niezakończonych przy robotach liniowych w terenach ogólnodostępnych, mające porządkowy charakter, nie mają wpływu na odbiór robót o znacznej wartości. Sąd miał też na uwadze to, że usterki o podobnym charakterze nie stanowiły przeszkody w przyjęciu robót od wykonawcy w dniu 8 sierpnia 2011 r. (pkt 3 załącznika do protokołu odbioru).

Odnośnie trzeciej przyczynę odmowy odbioru robót według pierwszego protokołu i pisma powódki 27.06.2011 r. ,tj. wykonanie kanalizacji niezgodnie z zatwierdzonym projektem (zmiana trasy i lokalizacja na innych działkach) Sąd

ostatecznie ocenił, że ona też nie uzasadniała odmowy odbioru robót . Nie stanowiła bowiem realnej i poważnej wady, uniemożliwiającej odbiór robót , powinna być uznana za wadę nieistotną, usuwalną w terminie określonym przez inwestora. W tym zakresie Sąd uwzględnił zarówno wnioski opinii biegłego sądowego, jak i twierdzenia pozwanego. Według biegłego konieczność wykonania zmiany trasy sieci w porównaniu do rozwiązania projektowego, stwierdzona na etapie odbioru robót, nie powinna obciążać wykonawcy, gdyż do czasu dokonania aktualizacji mapy geodezyjnej dla tego zakresu robót wykonawca nie miał możliwości stwierdzenia kolizji z sąsiednią działką i uniknięcia nieprawidłowego posadowienia sieci i stwierdzenia konieczności poprowadzenia jej wg innego podanego przez projektanta rozwiązania . Taki wniosek biegły poprzedził analizą dokumentacji projektowej złożonej przez powódkę do akt sprawy, stwierdzając m.in. że na szkicu na k. 474 - 475a widoczny jest pierwotny przebieg sieci wykonany zgodnie z projektem, a następnie dwa krótkie odcinki sieci wyraźnie przekreślone i poprowadzone po nowej trasie (z datą 11.07.2011 r. naniesienia poprawek na inwentaryzacji robót). Z tych szkiców geodezyjnych wynika, że pozwany wykonał pierwotnie roboty zgodnie z projektem budowlanym przekazanym przez inwestora, a w wyniku stwierdzenia kolizji z sąsiednią działką i uzbrojeniem sieci ten odcinek sieci ze studnią rozprężną został przebudowany. Przy czym ta przebudowa nie wynika z niepoprawnego wykonania przez wykonawcę, ale z konieczności wprowadzenia nieistotnej zmiany w porównaniu do rozwiązania projektowego. Sąd podkreślił ,że takie uwagi biegłego są zbieżne z twierdzeniami pozwanego co do przyczyn i okoliczności lokalizacji sieci i studni rozprężnej SR4. Nadto z wpisów do dzienników budowy wynika, że lokalizacja studni SR4 i przebieg kanalizacji były uzgodnione z inspektorami nadzoru i wynikały z faktycznych uwarunkowań przy realizacji inwestycji. Potwierdzeniem tego był protokół odbioru technicznego z dnia 13.07.2011 r. , zaś podstawę faktyczną do podejmowania takich decyzji przez wykonawcę w porozumieniu z inspektorami nadzoru była wypowiedź projektanta sieci kanalizacyjnej podczas spotkania w dniu 14.10.2010 r., że takie uzgodnione z inspektorem nadzoru zmiany będą sankcjonowane powykonawczo . O uzgodnieniach i przyczynach zmiany lokalizacji studni SR4 jest mowa w piśmie pozwanego do inwestora z 22.07.2011 r. , ze wskazaniem nieaktualności rysunku projektowego z 2005 r., na którym nie było naniesionej kanalizacji deszczowej. Optymalność położenia przedmiotowej studni rozprężnej w stosunku do infrastruktury podziemnej potwierdził na spotkaniu przedstawicieli stron w dniu 8 sierpnia 2011 r. inspektor nadzoru, wskazując że jej położenie nie będzie kolidować w przyszłym użytkowaniu kolektora Ø 400 .W konsekwencji Sąd ostatecznie uznał ,że studnia SR4 została posadowiona prawidłowo, a zastrzeżenia inwestora w tym zakresie nie uniemożliwiały odbioru sieci kanalizacyjnej i ewentualnego polecenia zmiany lokalizacji w wyznaczonym terminie. Do tego technologicznie , co stwierdził biegły sądowy ,było możliwe przesunięcie/przebudowanie studni SR4 bez konieczności wstrzymania pracy sieci kanalizacyjnej, przy wykorzystaniu cyklicznego tłoczenia ścieków przez przepompownię . O prawidłowości lokalizacji studni SR4 przekonuje też użytkowanie rzeczonyj sieci kanalizacyjnej już od dnia 20 czerwca 2011 r. (rozpoczęcie zrzutu ścieków) oraz następcze uzyskanie przez powódkę pozwolenia na użytkowanie sieci.

Według Sądu ,oprócz argumentów przedstawionych wyżej, za przyjęciem zakończenia przedmiotu umowy z dnia 13.05.2010 r. w umownym terminie do 22.06.2011 r., a tym samym za bezzasadnością odmowy odbioru robót w dniu 27.06.2011 r. przemawiało dodatkowo to ,że w istocie w dniu 20 czerwca 2011 r. Gmina rozpoczęła użytkowania kanalizacji wykonanej przez pozwanego skoro w tym dniu nastąpiły pierwsze przełączenia szamb(zakończyły się one do końca czerwca). Skoro zamawiający w tej dacie rozpoczął użytkowanie sieci kanalizacyjnej to należało to potraktować jako jej faktyczne przejęcie i odbiór. Już z tej przyczyny wszelkie uwagi komisji odbiorowej zawarte w protokołach odmowy odbioru robót z 27 czerwca i z 27 lipca 2011 r. w ocenie Sądu powinny być traktowane jako usterki bądź wady o charakterze nieistotnym i oczywiście usuwalnym, które nie mogły stanowić uzasadnionych faktycznie i prawnie przyczyn odmowy odbioru inwestycji. Dotyczy to również zmiany lokalizacji studni rozprężnej SR4 jako jednego z powodów odmowy odbioru robót w czerwcu 2011 r. oraz w lipcu 2011r. Z pisma powódki do wykonawcy z dnia 29.07.2011 r. wynika, że powodem odbioru było właśnie wykonanie studni SR4 niezgodnie z zatwierdzonym projektem oraz brak rury osłonowej kanalizacji tłocznej Ø 110 pod drogą wojewódzką nr (...) na ul. (...), co grozić by miało uszkodzeniem rury kanalizacyjnej przez przejeżdżające pojazdy . Uzupełniając zatem argumentację dotyczącą bezzasadności odbioru całości inwestycji z powodu zmienionej lokalizacji studni (pod ogólnym hasłem „niezgodności z projektem budowlanym”) Sąd ponownie , za biegłym wskazał , że za poprawność rozwiązania projektowego odpowiada inwestor i jeśli wykonanie robót budowlanych zgodnie z projektem było niemożliwe, to podanie rozwiązania poprawnego jest obowiązkiem inwestora. Sieć nie mogła zostać wykonana zgodnie z projektem,

gdyż nie było takiej technicznej możliwości. Szkic geodezyjny na k. 475a dokument pokazuje, że doprowadzenie do poprawnego technicznie i prawnie rozwiązania wymagało zmiany trasy sieci kanalizacyjnej w porównaniu do projektu budowlanego, a zmiana ta była spowodowana ujawnioną wadą w rozwiązaniu projektowym zamawiającego i nie może obciążać wykonawcy. Do tego wykonawca i inwestor mieli nieformalną zgodę projektanta na dokonywanie zmian, które miały być następnie przez projektanta akceptowane. Potwierdzeniem takich uzgodnień jest brak adnotacji inspektorów nadzoru powódki w dzienniku budowy na temat niezgodności przebiegu sieci (studni) podczas bieżącego nadzorowania realizacji inwestycji. Sąd podkreślił, że wobec treści protokołu odbioru technicznego, z udziałem obu stron, w tym inwestora zastępczego, z dnia 13.07.2011 r., dotyczącego prawidłowości posadowienia studni rozprężnej SR4 bezpodstawne było ponowne powoływanie się na to jako podstawę odmowy odbioru w drugim protokole.

Co do braku rury osłonowej pod drogą wojewódzką nr (...) Sąd podkreślił, że choć taką technologię przewidywał projekt budowlany, to już na spotkaniu w dniu 14.10.2010 r. projektant, w związku z informacją o trudnych warunkach gruntowych prowadzonych robót, zasugerował zastosowanie przewiertów. Następnie (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K., Rejon Dróg Wojewódzkich w P. pismem z 10.01.2011 r. poinformował pozwanego wykonawcę, że wybór technologii wykonania sieci jest w zasadzie sprawą inwestora, jednak biorąc pod uwagę warunki miejscowe oraz koszty związane z zabezpieczeniem robót i umieszczeniem infrastruktury niezwiązanej z drogą - dużo bezpieczniejsze i bardziej ekonomiczne wydaje się zastosowanie przewiertów sterowanych, z ograniczoną ilością wykopów otwartych w pasie drogowym. Na podstawie tego pisma wykonawca zwrócił się do inwestora o wyrażenie zgody na zmianę technologii wykonywania sieci tłocznej z rur PE, która miała polegać na zamianie wykopów otwartych na przewiertu sterowane, na odcinkach w S. oraz w R. Ostatecznie, aczkolwiek brak w aktach sprawy wyraźnego oświadczenia inwestora o zgodzie na powyższą zmianę, Sąd uznał, że miała ona charakter konkludentny poprzez odbiór tak wykonanych przejść pod drogami, w tym pod ul. (...) przez inspektora nadzoru inwestorskiego (inwestora zastępczego). Skoro powódka wyraziła zgodę na zmianę technologii, a więc zastosowanie przewiertu sterowanego, w którym rurociąg podstawowy wykonuje się z rur o odpowiednio wzmocnionej, przeliczonej grubości ścianki, ale bez rur osłonowych, to - jak wynika z opinii biegłego sądowego - żądanie zamontowania rur osłonowych nie ma uzasadnienia technicznego i mogłoby wręcz pogorszyć warunki eksploatacji, m.in. przez utrudnienie lokalizacji ewentualnych przecieków i ich usuwania. Biegły zwrócił uwagę Sądowi na to, że zgodnie z pismem z dnia 17.01.2011 r. zamawiający i jego służby nadzoru budowlanego wiedziały o zmianie technologii i dokonały odbioru robót w czasie realizacji inwestycji, a zakwestionowały tę technologię dopiero na etapie odbioru robót. Sąd podkreślił, uwzględniając wnioski biegłego, że zamawiający przy spisywaniu protokołu odbioru końcowego z dnia 8.08.2011 r. odebrał przedmiotowe roboty bez żadnych zmian, ta sama robota zaś nie może być w czasie różnie oceniana pod kątem poprawności wykonania. Nadto w świetle pisma RDW w P. z 10.01.2011 r. uzyskanie akceptacji, o której mowa w pkt. 1 załącznika do protokołu odbioru z 8.08.2011 r., rzeczony zmiany sposobu wykonania przejścia pod drogą wojewódzką nr (...) w R. było czystą formalnością, konieczne było też zastosowanie się wykonawcy do wymogów zarządcy drogi w zakresie sposobu wykonania prac polegających na umieszczeniu sieci kanalizacyjnej pod drogą. W konsekwencji Sąd uznał, że podane przyczyny odmowy przez inwestora odbioru robót od wykonawcy w lipcu 2011 r. uprawniają do jednoznacznego wniosku, że były one nieuzasadnione. Wobec treści protokołu odbioru z dnia 8 sierpnia 2011 r., w tym punktów 1, 2 i 3 załącznika „usterki” (w rozumieniu inwestora) będące wcześniej powodem odmowy odbioru w tym ostatnim pozytywnym dla wykonawcy protokole, chociaż nie usunięte (w zakresie pkt. 1 i 2), to nie stanowiły podstaw dla odmowy odbioru. Sąd dodał, że kwestia „rury osłonowej” nie była nawet przedmiotem debaty komisji odbiorowej w czerwcu 2011 r. Uwzględniając to wszystko Sąd stwierdził, że wykonawca nie popadł w zwłokę w zakończeniu robót, w ustalonych okolicznościach co najwyżej można mówić o zwłoce powódki, która bezpodstawnie odmówiła odbioru robót.

Sąd podzielił opinię biegłego sądowego, że do końcowego odbioru robót nie było konieczne przekazanie przez wykonawcę wszystkich dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 5 umowy jako niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Nadto zdecydowana większość dokumentów wymienionych w § 6 ust. 5 umowy wpłynęła do powódki w dniu 7.06.2011 r. (spis dokumentacji odbiorowej z dokumentacją -k. 441-464), a reszta w dniu 18.07.2011 r. (k. 465-481). Do tego inwestor odmawiając 2-krotnie odbioru robót nie wskazał by było to spowodowane brakiem dokumentacji powykonawczej. Biegły w opinii stwierdził, że do sporządzenia dokumentacji powykonawczej dla

zrealizowanej inwestycji niezbędne było dysponowanie aktualnymi podkładami geodezyjnymi w zakresie aktualnych uzgodnień Zakładu Uzgodnień Dokumentacji. Sporządzenie kompletnej dokumentacji powykonawczej nie było więc możliwe przez pozwanego także wobec braku zaktualizowanej dokumentacji projektowej (z naniesionymi zmianami uzgodnionymi z zamawiającym i projektantem) oraz aktualnymi uzgodnieniami ZUD. A do uzyskania tych uzgodnień zobligowany był projektant działający w imieniu inwestora.

Sąd Okręgowy opierając się na ustalonej w tym zakresie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, w tym zaprezentowanej w orzeczeniach przywołanych przez pozwanego w odpowiedzi na pozew, ocenił jako pozbawione merytorycznej zasadności kolejne odmowy odbioru przez powódkę w oparciu o regulacje z umowy przewidujące bezusterkowy odbiór robót (§ 2 ust. 3). Sąd zauważył przy tym, że sama powódka zdezawuowała ten „wymóg” dokonując w dniu 8 sierpnia 2011 r. końcowego odbioru robót, który bezusterkowy w sensie braku jakichkolwiek usterek przecież nie był. Sąd nie zgodził się też z powódką, że działania pozwanego wykonawcy po odmowie odbioru robót, a więc usuwanie usterek z pierwszego protokołu odmownego i dalsze czynności, stanowiły potwierdzenie zasadności odmowy odbioru. Według Sądu działania pozwanego, w tym pismo z dnia 12.07.2011 r., stanowiły kontynuację zgłoszenia zakończenia robót i zaferowania ich do odbioru, zmierzając do przekazania inwestycji zamawiającemu i jej rozliczenia. Niewątpliwie bierność wykonawcy, niezależnie od jego przekonania o bezzasadności stanowiska inwestora, odwlekłaby otrzymanie wynagrodzenia. Sąd ocenił, że nie można rozmów przedstawicieli stron w dniu 18.08.2011 r., a których przedmiotem była wysokość noty obciążeniowej wystawionej wykonawcy z tytułu kar umownych, traktować jako uznania przez tegoż zasadności odmów odbioru robót.

Sąd jednocześnie uznał, że niezależnie od przyjęcia przesądzenia kwestii terminowości wykonania przez pozwanego umowy podstawowej, akceptuje stanowisko pozwanego, iż z uwagi na zawarcie w dniu 16.06.2011 r. umowy na roboty dodatkowe, z terminem wykonania do 8.08.2011 r., nastąpiło w istocie w ten sposób wydłużenie terminu wykonania umowy podstawowej. Według Sądu taka ocena jest uzasadniona skoro strony w § 1 umowy z 16.06.2011 r. wskazały, że zawierają ją w związku z zaistnieniem konieczności wykonania robót dodatkowych nie objętych umową nr (...), a niezbędnych do jej prawidłowego wykonania. Roboty z tej umowy stanowiły też przedmiot odbioru końcowego w dniu 8 sierpnia 2011 r. w ramach umowy podstawowej. W opinii biegłego sądowego, którą Sąd podzielił, prace objęte umową na roboty dodatkowe z dnia 16.06.2011 r., dotyczące monitoringu GPS pompowni i ogrodzenia terenów pompowni, były niezbędne do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem funkcjonowania robót z umowy podstawowej. Ich niewykonanie w całości lub w części uniemożliwiało wystąpienie do właściwego organu o pozwolenie na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wykonanej na podstawie umowy podstawowej z 13.05.2010 r. W konsekwencji Sąd doszedł do wniosku, że gdyby nawet przyjąć, że po stronie wykonawcy nastąpiło przekroczenie terminu robót, to i tak biorąc pod uwagę datę zawarcia umowy na roboty dodatkowe i termin jej wykonania, to oczywistym jest, że nie może być mowy o zwłoce pozwanego z oddaniem przedmiotu umowy podstawowej, skoro do jej prawidłowego wykonania konieczne były prace dodatkowe: monitoring GPS dla przepompowni ścieków i ogrodzenie 8 szt. przepompowni ścieków z tablicami informacyjnymi. Co istotne o konieczności monitoringu powódka wiedziała już w grudniu 2010 r., a mimo to umowa zawarta została dopiero w dniu 16.06.2011 r., a więc już po zgłoszeniu wykonania przedmiotu umowy podstawowej przez pozwanego wykonawcę.

W podsumowaniu poczynionych wyżej ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sąd stwierdził, że nie zaistniały podstawy do naliczenia pozwanemu wykonawcy kar umownej na podstawie § 8 ust. 1 lit. a) łączącej strony umowy bowiem po pierwsze, pozwany przedmiot umowy wykonał w terminie, a usterki o charakterze nieistotnym nie były przeszkodą do odbioru tych robót, a po drugie nawet w razie przyjęcia, że wykonawca nie dotrzymał umownego terminu wykonania robót (22 czerwca 2011 r.), choć dwa dni wcześniej obciążono sieć kanalizacyjną docelowymi ściekami, to i tak nie nastąpiło to z przyczyn przez niego zawnionych (m.in. przełączenie szamb, roboty dodatkowe). W konsekwencji powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Sąd wyjaśnił, że stan faktyczny sprawy Sąd ustalił w oparciu o dokumenty załączone przez strony postępowania do składanych pism procesowych, a przytoczone w ustaleniach faktycznych. Treść dokumentów prywatnych, w znaczeniu prawdziwości oświadczeń osób te dokumenty podpisujących, nie była kwestionowana przez strony, co pozwalało uznać nie tylko to, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia zawarte w tych dokumentach (art.

245 k.p.c.), ale też że treść tych dokumentów odzwierciedla rzeczywisty stan rzeczy. Sąd nie znalazł podstaw do kwestionowania ich prawdziwości dlatego też uznał, że stanowią one podstawę do czynienia w oparciu o nie ustaleń faktycznych w istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kwestiach. Również dokumenty urzędowe w postaci dzienników budowy stanowiły dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone (art. 244 k.p.c.). Protokoły ze spotkań przedstawicieli stron oraz inspektorów nadzoru inwestorskiego, notatki ze spotkań posłużyły do ustalenia ich faktu i przebiegu. Nie stanowiły one natomiast dowodu, że zarzucane pozwanemu usterki i wadliwości dokonanych prac rzeczywiście miały miejsce. Dokumenty w postaci dzienników budowy posłużyły do ustalenia, czy pozwany prawidłowo i terminowo wykonał roboty budowlane w ramach inwestycji oraz do zbadania zasadności zarzutów podnoszonych przez powódkę. Odnosząc się do zeznań przesłuchanych w niniejszej sprawie świadków w liczbie szesnastu, to miały one jedynie charakter uzupełniający w stosunku do dowodów z dokumentów. Przy czym wiedza niektórych ze świadków (D. M., L. G., P. G.), pomimo uczestniczenia tych osób w pracach komisji odbiorowej, miała charakter bardzo lakoniczny i fragmentaryczny. Zeznania świadków – inspektorów nadzoru inwestorskiego miały charakter dość subiektywny i nacechowany lojalnością wobec powódki, choć nie stanowiło to wystarczającej podstawy do zdyskwalifikowania ich wiarygodności. Podobnie Sąd ocenił zeznania świadków - pracowników pozwanego, którzy postrzegali wydarzenia na budowie przez pryzmat ich roli. Przesłuchanie samych stron nie wniosło dużo do sprawy. Z tych przyczyn podstawowe znaczenia miały dowody z dokumentów. Jeżeli natomiast chodzi o dowód z opinii biegłego sądowego Z. S. w postaci opinii pisemnej głównej ze stycznia (...), pisemnej uzupełniającej z maja 2015 r. i ustnej uzupełniającej na rozprawie w dniu 30.06.2015 r., to stanowił on istotny dowód w sprawie, pomocny przy ocenie prawidłowości wykonania robót oraz zasadności żądań i oczekiwań zamawiającego na etapie odbioru robót. Pozwany zaakceptował opinię bez uwag. Natomiast powódka podniosła szereg zastrzeżeń, do których biegły, w ocenie sądu pierwszej instancji odniósł się wyczerpująco w pisemnej opinii uzupełniającej oraz w opinii ustnej. Biegły sporządzając opinię dysponował dokumentacją projektową złożoną do akt przez powódkę i w świetle jej treści również ocenił postępowanie odbiorowe inwestora, które Sąd uznał za nieuzasadnione. Sąd wyjaśnił, że oddalając pozostałe wnioski dowodowe stron, w szczególności wnioski powódki o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji i z zakresu geologii Sąd uznał, że są one zbędne, a okoliczności sporne wymagające wiadomości specjalnych zostały już wyjaśnione (art. 217 § 3 k.p.c.). Sąd podkreślił przy tym, że powódka wniosła o to by dopuścić dowód z biegłych, którzy mieli zweryfikować to, co zostało już uprzednio -w toku procesu budowlanego - zaakceptowane przez osoby reprezentujące inwestora.

Mając na uwadze powyższe Sąd orzekł jak w punkcie I. sentencji wyroku.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu Sąd oparł na jego wyniku, kierując się treścią art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 108 k.p.c., szerzej postanowienie kosztowe przy tym uzasadniając.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powódka zaskarżając orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła :

1. naruszenie przepisu art.647 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie poprzez utożsamienie wady lub usterki przedmiotu umowy z niewykonaniem całego zakresu prac wynikających z umowy i załączników stanowiących jej integralną część;
2. naruszenie przepisu art. 217 § 3 k.p.c. oraz art.6 k.p.c. poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie skutkujące oddaleniem wniosków dowodowych z opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji wskutek bezpodstawnego uznania przez Sąd, że okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione - w sytuacji gdy nie zostały one wyjaśnione zgodnie z twierdzeniami strony zgłaszającej wniosek dowodowy, a tylko wówczas zachodziłaby podstawa do ich oddalenia; nadto przeprowadzenie tego dowodu było konieczne celem stwierdzenia czy prace w zakresie przebiegu sieci zostały wykonane zgodnie z projektem;

3. naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodu z opinii biegłego sądowego Z. S., oraz dokonywanie ustaleń wymagających specjalnych wiadomości z pominięciem opinii biegłego sądowego w zakresie ustaleń których miał dokonać biegły z zakresu geodezji;

Mając na uwadze, że projekt nie przewidywał przebiegu sieci i lokalizacji studni w działce nr (...), a w wyniku wykonania prac przez pozwaną doszło do wejścia inwestycji w działkę nieobjętą pozwoleniem na budowę przeprowadzenie tego dowodu powódka oceniała jako kluczowego . Powódka załącza do apelacji szkic wskazujący przebieg sieci i studni SR4 zgodnie z projektem, szkic przebiegu sieci wykonanej przez pozwaną, oraz szkic wskazujący stan obecny po przełożeniu sieci i studni przez pozwaną. Nadto powód załącza do niniejszego pisma szkice: przebiegu sieci zgodnie z projektem poza działką nr (...) obręb S., szkic przebiegu sieci ułożonej przez pozwaną w obrębie działki (...) nieobjętej projektem i pozwoleniem na budowę, szkic sieci przełożonej po odmowie odbioru.

4. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez uznanie, że:

- wykonanie prac w ramach umowy o prace dodatkowe było niezbędne dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie,
 - sieć została ułożona przez pozwaną przed zgłoszeniem do odbioru końcowego zgodnie z projektem w zakresie działki (...) obręb R., oraz działki (...) obręb S.
 - powódka wyraziła zgodę na zmianę technologii przewiertu,
 - dla sporządzenia dokumentacji powykonawczej jest konieczne posiadanie aktualnych podkładów geodezyjnych,
 - brak prac odtworzeniowych jest wadą nieistotną, w sytuacji gdy uniemożliwia złożenie oświadczenia o zakończeniu budowy, a w konsekwencji uzyskanie pozwolenia na użytkowanie zgodnie z prawem,
 - obowiązek przełączenia szamb nie mieścił w się w umownym zakresie prac, brak rozwiązań projektowych w tym zakresie uniemożliwił wykonanie tej części zobowiązania w terminie określonym umową.

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów , szerzej uzasadnionych , powódka wносиła o zmianę zaskarżonego orzeczenia przez zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kwoty 2 343 802,11 zł , z odsetkami ustawowymi od dnia 9 sierpnia 2011 r. , a nadto zasądzenia od pozwanego kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych. W ewentualnym wniosku apelacyjnym powódka wniosła o uchylenie wyroku w całości, w tym także w części rozstrzygającej o kosztach procesu i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego jej rozpoznania . z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej domagając się jednocześnie zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył , co następuje :

apelacja powódki jako bezzasadna podlegała oddaleniu w całości.

Co do zasady sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go już jednak zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia sąd ten bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania (zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, której nadano moc zasady prawnej). Powódka nie zarzucała w sprawie nieważności postępowania, Sąd odwoławczy z urzędu też jej się nie stwierdził . Co do stosowanie prawa materialnego sąd drugiej instancji nie jest oczywiście związany zakresem zarzutów apelacyjnych; ich rola sprowadza się bowiem tylko do uwypuklenia istotnych, zdaniem strony skarżącej , problemów prawnych, dla przekonania sądu odwoławczego co do ich oceny oraz "ułatwienia" kontroli instancyjnej.

Powódka w apelacji zarzuciła naruszenia prawa procesowego, poczynienie błędnych ustaleń faktycznych oraz naruszenia prawa materialnego. Powódka nie wskazała w apelacji nowych twierdzeń, wniosła natomiast o przeprowadzenie dowodu z załączonych do apelacji dokumentów. Sąd odwoławczy nie prowadził własnego postępowania dowodowego, wnioskowanych przez skarżącą w apelacji dowodów nie przeprowadził, uznał że skoro powódka nie wykazała zaistnienia przesłanek z art. 381 k.p.c. to należało zgłoszone dowody, jako spóźnione, pominąć. Przepis art. 382 k.p.c. stanowi, że sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. W przedmiotowej sprawie Sąd odwoławczy orzekł ostatecznie wyłącznie na podstawie dowodów zebranych przed Sądem Okręgowym. W sytuacji zaś, gdy sąd odwoławczy uznaje ustalenia sądu pierwszej instancji za trafne, wywiązanie się z przewidzianego w art. 328 § 2 k.p.c. obowiązku wskazania w uzasadnieniu orzeczenia podstaw rozstrzygnięcia może nastąpić przez oświadczenie o akceptacji ustaleń faktycznych, a nawet ocen prawnych sądu pierwszej instancji (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r. V CSK 270/14, LEX nr 1682218). Sąd Apelacyjny stwierdza więc, że w przedmiotowej sprawie ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego przyjmuje w całości za prawidłowe i uznaje za podstawą własnego rozstrzygnięcia, za właściwą uważa też kwalifikację prawną sprawy, jak również stosowanie oraz wykładnię przepisów prawa materialnego. W tej sytuacji nie ma potrzeby powtarzania stanu faktycznego, który - co należy podkreślić - sąd pierwszej instancji ustalił bardzo dokładnie, przedstawiając chronologicznie istotne w sprawie fakty, sposób realizowania przez strony zawartej umowy oraz dokonywanie jej zmian, a w szczególności przebieg czynności odbiorowych. Poszczególne istotne dowody są nadto precyzyjnie przywoływane przez Sąd przy uzasadnieniu kwalifikacji prawnej sprawy. Sąd należycie przeprowadził postępowanie dowodowe, wszystkie zgromadzone zostały ocenione, a ocenie tej nie można zarzucić dowolności, jest ona logiczna i pełna, nie uchybia ona regułom z art. 233§ 1 k.p.c.

Przy rozbudowanych zarzutach apelacyjnych zasadniczo w pierwszej kolejności należy się odnieść do tych dotyczących naruszenia prawa procesowego, ewentualne uchybienia w tym zakresie mogą rzutować bowiem na prawidłowość ustaleń faktycznych, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia o zasadności dochodzonego roszczenia. Zarzuty naruszenia prawa materialnego mogą z kolei zasadniczo ocenione i rozważone tylko na tle prawidłowo ustalonej podstawy faktycznej.

Przed przejściem do oceny zarzutów apelacyjnych Sąd już tylko krótko przypomina, że strony łączyła umowa o roboty budowlane zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do której stosuje się w określonym zakresie przepisy kodeksu cywilnego (art. 139 u.2 p.z.p. oraz § 13 u.2 umowy). W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. Już w toku realizowania umowy przedłużano, z różnych przyczyn, termin jej wykonania. Strony zawarły nadto umowę o roboty dodatkowe w trybie ustawy prawa zamówień publicznych. Istota sporu w sprawie sprowadzała się do tego czy powódka jako inwestor była uprawniona do naliczenia pozwanemu jako wykonawcy kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy, czyli za nienależyte wykonanie umowy. By to przesądzić w jedną czy w drugą stronę niezbędne było uprzednie ustalenie czy powódka, w ustalonych okolicznościach, zasadnie odmawiała wykonawcy odbioru przedmiotu umowy. Ocena tej kwestii była z kolei uzależniona od ustalenia czy w dacie zaofiarowania przedmiotu umowy do odbioru umowa była w całości wykonana czy też była dotknięta nieistotnymi wadliwościami, usterkami, a jeżeli tak czy miało to znaczenie przy odbiorze. Zachodziła też potrzeba oceny obrony pozwanego twierdzącego, że nawet w razie ustalenia niedotrzymania przez niego terminu czerwcowego wykonania umowy uzasadnione jest przyjęcie, że w wyniku zawarcia umowy dodatkowej, niewątpliwie związanej z umową zasadniczą, doszło do przedłużenia terminu wykonania całego zadania do dnia 8.08.2011 r.

1. Dla stworzenia podbudowy teoretycznej w zdefiniowaniu powinności odbioru robót budowlanych sąd drugiej instancji za uzasadnione uznał uprzednie przypomnienie, a w części powtórzenie za Sądem Okręgowym, obowiązków stron umowy o roboty budowlane. I tak świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane określone jest jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po zaofiarowaniu obiektu przez wykonawcę. Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym właśnie odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na

zapłacie umówionego wynagrodzenia. Czynność odbioru - oprócz elementu faktycznego - składa się z elementu wolicjonalnego obejmującego świadczenie inwestora ,ze obiekt wykonano zgodnie z umową. Obowiązki i uprawnienia inwestora określają nadto przepisy - art. 18 , art. 32 ust.1 pkt 2 , art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz.U.2013.1409 j.t.). Tak jak to wyżej już zaznaczono odbiór obiektu stanowi w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Niewątpliwie obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaoferowanemu inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy , elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56) , a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy (art. 354 k.c.). Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaoferowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną. tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie , co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną , to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 §1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 §2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru ,za wyjątkiem art. 654 k.c. Skoro w regulacjach dotyczących umowy o roboty budowlane brak norm określających bliżej powinność odbioru, za wyjątkiem odbioru częściowego na żądanie to uzasadnione jest tu stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło (Wielkie komentarze - komentarz do kodeksu cywilnego , t.III,cz.2 pod red.Jacka Gudowskiego ,LexisNexis, Warszawa 2013r. ,s.306-311). Obowiązek odbioru odnosi się więc do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaoferowanemu inwestorowi, by to ocenić niewątpliwie bierzemy też pod uwagę ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354 §1 k.c.). W piśmiennictwie zauważa się , że do końca nie jest jasne co ustawodawca miał na myśli mówiąc o odbiorze robót budowlanych. W prawie budowlanym wielokrotnie wspomina się o odbiorach częściowych i końcowych ,nie wyjaśniając bliżej charakteru tych czynności. Przyjmuje się więc ,że czynności te można utożsamiać z odbiorem i częściowym przyjmowaniem robót budowlanych przez inwestora od wykonawcy przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane (art. 647,654) . Są to czynności z zakresu prawa cywilnego ,będące częścią wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane (inwestora i wykonawcy) ale nie powinno dziwić ,że wspomina się o nich także w akcie administracyjnym, jakim jest ustawa –Prawo budowlane. Zgodnie bowiem z art. 647 i art. 648§ 2 zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego .Wykonawca , jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiekt , wykonanego zgodnie z projektem , który w myśl art. 648 §2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 pr.bud.),co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem (patrz: Prawo budowlane - komentarz pod red. A.Despot-Mladanowicza i innych ,LexisNexis , Warszawa 2012 r. ,s140-142). Wykonanie robót budowlanych przejawia się w określonym przez prawo i zwyczaje zachowaniach wykonawcy i inwestora towarzyszącymi sygnalizacji zakończenia robót przez pierwszego oraz odbioru przez drugiego z nich ,świadczącego o ich zgodności z założonym przez inwestora celem inwestycji. Poglądy orzecznicze i komentatorskie wskazują, że wykonanie umowy o roboty budowlane poprzez zaoferowanie zamawiającemu jej przedmiotu ma miejsce wtedy gdy nastąpiło wykonanie robót określonych w umowie w takim kształcie ,iż spełnia ono cechy zamówienia ,co oznacza taka postać ,ilość i jakość ,ze może ono zostać wykorzystane do celów ,które przyświecały zamawiającemu (inwestorowi). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. rozważał czy dopuszczalna jest modyfikacja art. 647 k.c., podnosząca wymagania wobec wykonawcy, a jeśli tak, to do jakiego poziomu. Na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi twierdzącej dla której przytoczył następującą argumentację : umowa o roboty budowlane określa warunki przedmiotowo istotne i umowa spełniająca je podlega przede wszystkim przepisom tego działu. Należy do nich wykonanie obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, dopuszczającymi pewien margines odstępstw. Jako umowa obligacyjna pozostawia jednak stronom swobodę indywidualnego określania treści, z tym że wówczas staje się umową nienazwaną,

mieszana itp. Interpretacja umowy sugerowana przez skarżącego prowadziłaby natomiast do wniosku, że każde odstępstwo od stanu idealnego (co do którego nie wiadomo, na podstawie jakich kryteriów byłby ustalany) dawałoby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania do wybudowania domu jednorodzinnego (art. 353¹ k.c.) i wskutek tego nieważne. Projekt i zasady wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika, dlatego stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości takiego obiektu jak dom jednorodzinny. Budynek wzniesiony zgodnie z tymi wymaganiami, jeżeli projekt nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, natomiast ogólne wykluczenie istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (V CSK 99/07 OSP 2009/1/7). Taka linia orzecznicza czyli wyłączająca uprawnienie inwestora do odmowy odbioru obiektu z wadami nieistotnymi, usterkami jest podtrzymywana w późniejszym orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. przyjął, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Tak też określa się powinność odbioru robót po stronie inwestora w orzecznictwie sądów powszechnych. Podsumowując rozważania poczynione wyżej Sąd odwoławczy - dzieląc przytoczoną linię orzeczniczną - stwierdza, że zgadza się całkowicie z Sądem Okręgowym, iż jedynie w sytuacji gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania istnieją podstawy do odmowy odbioru. Zachodzi tu więc niewątpliwie potrzeba rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Brak podstaw do utożsamiania sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami, w tym nieistotnymi. Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.). Wykonawca może przy tym niewątpliwie wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót por. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. I ACa 1577/14 LEX nr 1675895).

2. Z uwagi na konsekwentne prezentowanie przez powódkę stanowiska, że jakkolwiek usterka w wykonanym przedmiocie uprawniała do odmowy odbioru przedmiotu umowy Sąd odwołuje się po pierwsze do przytoczonego powyżej wyroku Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 roku, a po drugie przypomina, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawowym instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest kara umowna (art. 483-484 k.c.). Kara umowna jest instrumentem o znacznym stopniu elastyczności. W modelu kary umownej przyjętym w kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Niewątpliwie kara umowna jest odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (zob. Kara umowna, aut. Jacek Jastrzębski, Oficyna, 2006r., s.177). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie panuje zgoda co do tego, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w związku z art. 471 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa. Żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Zasada jest więc, że kara umowna nie należy się wierzycielowi w

sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania ,gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. Jedynie w razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (art. 473§ 1 k.c.) płaci karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba ,że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia , w granicach swobody umów (art. 353¹k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone ,dłużnik może odpowiadać nawet na zasadzie ryzyka. Konieczne jest jednak oznaczenie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (zamknięty krąg okoliczności). Ogólne określenie odpowiedzialności - bez względu na przyczynę - jest niewystarczające. Można przy tym rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika za osoby trzecie – przy pomocy których wykonuje zobowiązanie ,ale nie za stronę przeciwną kontraktu. Powyższe byłoby sprzeczne z treścią art. 353¹ k.c. Takie też stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sąd Najwyższy z 27 września 2013 r. w którym Sąd stwierdził ,że w razie rozszerzenia na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie można jednak przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wyrok z dnia 27 września 2013 r. ,I CSK 748/12,LEX nr 1396298).

Przenosząc te ostatnie uwagi do sprawy należy zaznaczyć ,że strony w umowie z dnia 13.05. 2010 r. zastrzegły karę umowną dla zamawiającego inwestora za nienależyte wykonanie umowy wskutek zwłoki wykonawcy w jej terminowym wykonaniu przedmiotu umowy. Kara umowna powiązana już tylko z opóźnieniem wykonawcy dotyczy jedynie terminowego usuwania wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi. Uprawnia to do wniosku ,że strony umowy nie przyjmowały , że kara umowna będzie należna zawsze, niezależnie od tego co z jakiej przyczyny inwestor odmawia odbioru wykonanych robót . Innymi słowy skoro strony umówiły się , że kara umowna przysługuje za nienależyte wykonanie umowy tylko w razie zwłoki to nie ma podstaw by odpowiedzialność powyższą rozumieć tak , jak tego oczekuje powódka, a mianowicie że w razie jakiegokolwiek nawet drobnej ,nieistotnej usterki , może skutecznie , niejako w nieskończoność , odmawiać odbioru robót. Choć strony w § 6 pkt. 9 umowy podstawowej zapisały ,że w przypadku stwierdzenia podczas odbioru wad lub usterek zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, wyznaczając wykonawcy w tym zakresie stosowny wykonawcy termin , to Sąd Apelacyjny rozumie ten zapis tak jak to odczytał sąd pierwszej instancji , a ostatecznie również zamawiająca gmina dokonując przecież odbioru robót z pewnymi wadliwościami. W każdym razie zapis o stanie bezusterkowym nie oznacza ,że można uzależnić dokonania odbioru dużej inwestycji budowlanej od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek usterki czy nieistotnej wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia. W przypadku większych robót budowlanych , do tego przy prowadzonym w określony sposób odbiorze, odbiór by można odraczać w nieskończoność. Sąd odwoławczy , uwzględniając też rozważania przytoczone powyżej co do wyłożenia art. 647 k.c., zgadza się z Sądem Okręgowym ,że przy nieistotnych wadach, usterekach po stronie zamawiającego zachodzi powinność odbioru zaoferowanego przedmiotu umowy. Jednocześnie Sąd Apelacyjny uważa, że na gruncie umowy o roboty budowlane uprawniony jest wniosek , że niewykonanie zobowiązania ma miejsce jedynie wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 października 2015 r.I ACa 548/15,LEX nr 1856462 i cyt. w jego uzasadnieniu orzeczenia). Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwany wykonawca wykonał całość umowy , a wskazane w pierwszym odmownym protokole odbioru przyczyny w istocie dowodziły wystąpienia jedynie drobnych, nieistotnych dla użytkownika instalacji sanitarnej, usterek czy wadliwości. Sąd Apelacyjny z taką oceną , o czym mowa będzie jeszcze dalej, całkowicie się zgadza.

Przechodząc do oceny zarzutów apelacyjnych Sąd zaczyna od omówienia zarzutu z punktu drugiego , a mianowicie dotyczącego naruszenie przepisu art. 217 § 3 k.p.c. oraz art.6 k.p.c. poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie skutkujące oddaleniem wniosków dowodowych z opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji . Trzeba w tym miejscu

przypomnieć, że na ostatniej rozprawie przed sądem pierwszej instancji w dniu 30 czerwca 2015 Sąd ten postanowił oddalić pozostałe wnioski dowodowe ,a więc również wniosek o dowód z biegłego geodety. Strony do tej decyzji dowodowej nie wniosły zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c. , nie zgłosiły też przed zamknięciem rozprawy żadnych nowych wniosków dowodowych. W tej sytuacji apelująca powódka nie może w apelacji skutecznie zarzucać uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania polegającego na wydaniu postanowienia, które mogło być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w toku posiedzenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2015 r. II CSK 450/14, LEX nr 1754049). Dodać trzeba ,że powódka w apelacji nie ponowiła wprost wniosku o dowód z tego biegłego .Samo kwestionowanie ustaleń faktycznych nie jest natomiast jednoznaczne ze złożeniem wniosku dowodowego. Już tylko to uzasadnia ocenę zarzutu z punktu drugiego jako pozbawionego zasadności. Uzasadnione jednak była argumentacja sądu pierwszej instancji przytoczona dla uzasadnienia oddalenia powyższego wniosku dowodowego. Skarżąca do niej się nie odniosła. Jeżeli chodzi o zarzut z punktu trzeciego apelacji ,a mianowicie naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodu z opinii biegłego sądowego Z. S., oraz dokonywanie ustaleń wymagających specjalnych wiadomości z pominięciem opinii biegłego sądowego w zakresie ustaleń których miał dokonać biegły z zakresu geodezji , to sąd drugiej instancji również ten zarzut ocenił jako pozbawiony zasadności. Zarzut ten powiązany jest z lokalizacją sieci i studni SR 4. Jak wyżej już zaznaczono nie jest obecnie możliwe skuteczne kwestionowanie przez powódkę oddalenia dowodu z biegłego geodety. W sprawie jest przy tym niesporne między stronami ,że w dacie pierwszej próby odbioru zakończonego odmową ustalono ,że studnia SR 4 była posadowiona na działce nr (...). Co istotne komisja odmówiła odbioru robót m.in. dlatego ,że rzeczona studnia w ul. (...) została wykonana niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym . Zgodzić trzeba się jednak ze stanowiskiem pozwanego , zaakceptowanego przez sąd pierwszej instancji ,że nie było to spowodowane zawinieniem po jego stronie jako wykonawcy. Sąd Okręgowy szczegółowo przedstawił jak w czasie zmieniały się ustalenia co do posadowienia przedmiotowej studni. Wskazał ,że na podstawie wpisów do dzienników budowy wynika , że studni SR4 i przebieg kanalizacji w tym miejscu były uzgodnione z inspektorami nadzoru i wynikały z faktycznych uwarunkowań przy realizacji inwestycji. Już na spotkaniu roboczym przedstawiciele obu stron w dniu 14 października 2010 r. projektant sieci sanitarnej K. B. ustalili ,że zasadniczo nieistotne zmiany powinny być konsultowane na bieżąco z inspektorem nadzoru , a on to następnie powykonawczo będzie akceptował . Posadowienie studni zostało jednoznacznie potwierdzone w protokole odbioru technicznego z dnia 13.07.2011 r., podpisanego przez kierownika zespołu zarządzającego projektem A. H., następnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego , jak też przez przedstawicieli Zakładu Handlowo-Uslugowego (...) „ sp. z o.o. ,tj. przyszłego eksploatora sieci sanitarnej . G. D. ,inspektor nadzoru z zakresu robót sanitarnych , przesłuchany w charakterze świadka jednoznacznie potwierdził i to na podstawie obecności w terenie ,że nie było żadnej możliwości by studnia SR 4 była ostatecznie posadowiona tak jak to określono w projekcie (k. 660). Projekt budowlany kanalizacji sanitarnej został opracowany w styczniu 2005 r. W ocenie biegłego S. w projekcie nie wskazano prawidłowych numerów działek geodezyjnych (pozwany w odpowiedzi na apelację zauważa, że nie było na przekazanej mu mapie działki o numerze (...), a wynika to z samych szkiców załączonych do apelacji przez powódkę , naniesiono na nich bowiem dopiero odręcznie numer wskazanej działki). W ocenie biegłego posadowienie w tej części sieci zgodnie z projektem kolidowało z sąsiednią działką i uzbrojeniem sieci. Tak jak to już wskazał Sąd Okręgowy o uzgodnieniach i przyczynach zmiany lokalizacji studni SR4 jest mowa w piśmie pozwanego do inwestora z 22.07.2011 r. Wykonawca zarzucał nieaktualności rysunku projektowego z 2005 r., na którym nie było naniesionej kanalizacji deszczowej i szeroko wyjaśniał ostateczne posadowienie studni Powódka temu skutecznie nie zaprzeczyła Sąd pierwszej instancji odwołując się do opinii biegłego przyjął , że za poprawność rozwiązania projektowego odpowiada inwestor i jeśli wykonanie robót budowlanych zgodnie z projektem było niemożliwe, to podanie rozwiązania poprawnego jest ciągle obowiązkiem inwestora. Sąd odniósł się tu do szkiców geodezyjnych na k. 474 i 474 a oraz projektu budowlanego. Zmiany trasy sieci kanalizacyjnej w porównaniu do projektu budowlanego była niewątpliwie spowodowana ujawnioną wadą w rozwiązaniu projektowym zamawiającego , nie obciążało to w każdym razie wykonawcy . Biegły sądowy wyjaśnił ,że technologicznie było możliwe przesunięcie/ przebudowanie studni SR4 bez konieczności wstrzymania pracy sieci kanalizacyjnej, przy wykorzystaniu cyklicznego tłoczenia ścieków przez przepompownie , co w praktyce się nastąpiło . Istotny w sprawie jest też fakt , podkreślany przez sąd pierwszej instancji, że w praktyce już od dnia 20 czerwca 2011 r. rozpoczęto użytkowanie sieci , w tym studni SR 4 jako jej elementu. Posadowienie studni ,jego zmiana nie wpływały w żaden sposób na funkcjonowanie instalacji . Powódka zarzucając w punkcie trzecim apelacji naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodu

z opinii biegłego sądowego Z. S. w istocie nie przytoczyła uzasadnienia dla takiego zarzutu , innymi słowy nie podała dlaczego uważa ,że ocena tego właśnie dowodu została przez Sąd dokonana w sposób nieprawidłowy ,tj. wbrew regułom z art. 233 §1 k.p.c. , czyli w sposób dowolny . Apelująca nie zarzuciła przy tym naruszenia art. 278 i dalszych k.p.c. Samo stwierdzenie strony ,że nie zgadza się z oceną danego dowodu ,który to dowód kwestionuje , jest na tyle ogólne ,że uniemożliwia rzeczowe odniesienie się do postawionego takiego zarzutu. Sąd pierwszej instancji zaakceptował w całości opinię biegłego ,przywoływał ją jako dowód na potwierdzenie szeregu istotnych w sprawie faktów. Biegły Z. S. sporządził w sprawie opinię podstawową ze stycznia 2015 r. (k. 751-774 , wraz z zał.) , opinię uzupełniającą z maja 2015 r. (k849-857) , a nadto Sąd zażądał od niego na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. ustnego wyjaśnienia złożonej opinii (k.883, transkrypcja - k.991) . Opinia jako całość jest obszerna i dotyczy szeregu kwestii . Powódka do pisemnych opinii biegłego złożyła uwagi i zapytania, jednak miała możliwość uzyskania na nie odpowiedzi w trakcie składania przez biegłego ustnej opinii . W tej sytuacji ogólne stwierdzenie w apelacji ,że powódka odwołuje się do zarzutów ,które stawiała już wcześniej biegłemu jest również niewystarczające by , przy braku wprost w apelacji zarzutu do dowodu z biegłego sądowego, domyślać się dlaczego strona skarżąca ocenę dowodu kwestionuje. Wobec tak skonstruowanego zarzutu brak w istocie możliwości odniesienia się przez sąd drugiej instancji do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przy ocenie dowodu z biegłego sądowego S.. W zasadzie jedynie z uzasadnienia apelacji można wnosić ,że powódka biegłemu zarzuca ,iż określając obowiązki stron umowy o roboty budowlane nieprawidłowo , wbrew regulacjom z ustawy prawo budowlane określił obowiązki stron co do zgłaszania zmian do rozwiązań projektowych. Stąd zasadne jest przytoczenie niektórych obowiązków stron procesu budowlanego. Obowiązki inwestora podzielić można w myśl przepisu art. 647 k.c. na trzy grupy, a mianowicie: na obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. Niewątpliwie inwestor ma obowiązek dostarczenia projektu , ma też obowiązek współdziałania z innymi uczestnikami procesu budowlanego, a w szczególności podejmowania decyzji w sprawach od niego zależnych. Obowiązki wykonawcy polegają przede wszystkim na wykonaniu obiektu zgodnie z umową i normami prawa budowlanego, zabezpieczeniu placu budowy oraz na oddaniu zdatnego do użytku wybudowanego obiektu budowlanego. Zgodnie z brzmieniem 651 k.c. wykonawca powinien kontrolować czy przedłożona dokumentacja nadaje się do wykonania , nie jest już jednak jego zadaniem drobiazgową analizą projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Taki też obowiązek nie obciążał pozwanego w tej sprawie wykonawcy . W art. 17 prawa budowlanego wskazano, kto jest uczestnikiem procesu budowlanego, są to mianowicie : inwestor; inspektor nadzoru inwestorskiego; projektant i kierownik budowy . Do obowiązków kierownika budowy należy zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy (art. 22 pkt 3). Z tego względu ustawodawca w art. 23 pkt 1 wyposażył go w uprawnienie do występowania do inwestora o zmiany projektowe, jeżeli są one uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy. Tylko , co należy podkreślić , w tym zakresie kierownik budowy może występować do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych. Inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo zgłaszania projektantowi sprawującemu nadzór autorski możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie oraz obowiązek potwierdzenia oświadczenia kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, gdy w sposób nieistotny odstąpiono od zatwierdzonego projektu budowlanego lub warunków pozwolenia na budowę (art. 57 ust. 2 zd. ostatnie) - art.25 ustawy . Art. 57 ust. 2 stanowi jednoznacznie ,że w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego projektu lub warunków pozwolenia na budowę, dokonanych podczas wykonywania robót, do zawiadomienia o zakończeniu robót należy dołączyć kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis. W takim przypadku oświadczenie o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami powinno być potwierdzone przez projektanta i inspektora nadzoru inwestorskiego. Inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo żądać od kierownika budowy dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę (art. 26). Z kolei do obowiązków projektanta należy m.in. w ramach sprawowanego nadzoru autorskiego stwierdzanie w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie ,zgłoszonych przez kierownika budowy lub

inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 20 ust 4 a i b). Projektant w trakcie realizacji budowy ma m.in. prawo żądania wpisem do dziennika budowy nawet jej wstrzymania w razie wykonywania ich niezgodnie z projektem (art. 21 u.2 pkt a i b). Zgodnie natomiast z treścią art. 36a ust. 1 ustawy istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Z kolei z art. 36a ust. 6 wynika, że projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstąpienia oraz jest zawsze zobowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstąpienia. Gdy w sposób nieistotny odstąpiono od zatwierdzonego projektu budowlanego lub warunków pozwolenia na budowę obiektu budowlanego, który wymaga uzyskania pozwolenia na użytkowanie, to do wniosku o wydanie takiej decyzji inwestor nie ma obowiązku dołączać dokumentów wymienionych w art. 57 ust. 2.

Uwzględniając przytoczone wyżej regulacje z prawa budowlanego należy stwierdzić, że nie ma racji apelująca powódka twierdząc, że to kierownik budowy zgłasza zawsze inwestorowi konieczność wprowadzenia zmian projektowych, z treści omówionego już wyżej art. 23 wynika, że następuje to jedynie w dwóch opisanych w cyt. przepisie sytuacjach. Tu nie zaistniała żadna z nich, niesporne jest przy tym, iż wykonawca zapewnił kierownika budowy. Zakres uprawnień inspektora nadzoru oraz projektanta jest natomiast znacznie większy niż to przyznaje powódka w swojej apelacji. Wynika to jednoznacznie z przytoczonych wyżej przepisów prawa budowlanego. Nie można przy tym pomijać, że to inspektor nadzoru inwestorskiego reprezentuje inwestora na budowie. Tu podmiotem obsługującym realizację inwestycji ze strony powódki i pełniącym funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego był profesjonalny podmiot - Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., posiadający inspektorów branżowych, w tym z zakresu robót sanitarnych. Zasadniczo inicjatorem zmian projektowych jest działający za inwestora nadzór inwestorski. Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że zmiany w zakresie projektu miały charakter nieistotnych, o takim ich zakwalifikowaniu decydował projektant, zaistniałe zmiany wymagały jednak akceptacji projektanta i inspektora nadzoru. Niesporne jest przy tym, iż w przypadku zmian nieistotnych inwestor występujący o pozwolenie na użytkowanie nie miał obowiązku nawet przedkładania dokumentów dot. tych zmian. Stąd zmiany dotyczące posadowienia studni rozprężnej nie przekładały się w żaden sposób na możliwość uzyskania przez inwestora pozwolenia na użytkowanie. Jednocześnie, co jest niesporne, inspektor nadzoru o konieczności zmiany miejsca posadowienia studni rozprężnej wiedział i ją akceptował. W toku postępowania nie wykazano by wykonawca oprócz studni rozprężnej dokonywał innych zmian co do przebiegu instalacji. Powódka w apelacji nie zawarła zarzutu błędnej oceny innych dowodów przeprowadzonych w sprawie, dotyczy to zarówno oceny dowodów osobowych jak i dowodów z dokumentów, w tym umowy podstawowej oraz umowy o roboty dodatkowe, jak też pism w których były zawierane oświadczenia stron dotyczące przebiegu procesu inwestycyjnego. Skutecznie nie zakwestionowano, o czym mowa była wyżej, dowodu z bieglego sądowego. Oznacza to, że ocena tych dowodów przez Sąd Okręgowy, jako niezakwestionowana (czy nieskutecznie kwestionowana) w apelacji jest dla Sądu Apelacyjnego wiążąca.

Powódka zarzucała sądowi pierwszej instancji błąd w ustaleniach faktycznych poprzez uznanie, że: 1.wykonanie prac w ramach umowy o prace dodatkowe było niezbędne dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie, 2.sieć została ułożona przez pozwaną przed zgłoszeniem do odbioru końcowego zgodnie z projektem w zakresie działki (...) obręb R., oraz działki (...) obręb (...).powódka wyraziła zgodę na zmianę technologii przewiertu, 4.dla sporządzenia dokumentacji powykonawczej jest konieczne posiadanie aktualnych podkładów geodezyjnych, 5.brak prac odtworzeniowych jest wadą nieistotną, w sytuacji gdy uniemożliwia złożenie oświadczenia o zakończeniu budowy, a w konsekwencji uzyskanie pozwolenia na użytkowanie zgodnie z prawem, 6. obowiązek przełączenia szamb nie mieścił w się w umownym zakresie prac, brak rozwiązań projektowych w tym zakresie uniemożliwił wykonanie tej części zobowiązania w terminie określonym umową. W przypadku sporządzenia apelacji przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego skarżącej strony można oczekiwać, że w części wstępnej są przedstawione w sposób zwięzły zarzuty, których uzasadnienie jest zawarte w dalszej części apelacji. W tej sprawie zarzucając sądowi pierwszej instancji błąd w ustaleniach faktycznych powódka w zarzutach apelacyjnych nie powiązała tego z naruszeniem prawa procesowego poprzez przywołanie naruszonych w jej ocenie przepisów. Dopiero w uzasadnieniu zarzutów apelacyjnych w sposób opisowy wskazała dlaczego uważa, że sąd pierwszej instancji dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych. Przed przejściem do oceny tak skonstruowanego zarzutu Sąd Apelacyjny zauważa, że informując wykonawcę o odmowach odbioru robót zamawiająca nie opierała tego na braku dokumentacji powykonawczej, przy

pierwszej odmowie nie wspomniano nawet ,że wiąże to z brakiem rur osłonowych kanalizacji sanitarnej pod drogą wojewódzką nr (...) przy ul. (...), zgodnie z projektem budowlanym. Przy pierwszej odmowie zarzucano ,że na pewnych odcinkach kanalizacja sanitarna została wykonana niezgodnie z zatwierdzonym projektem (z wyszczególnieniem studni SR 4), przy drugiej odmowie już tego nie podnoszono , za wyjątkiem posadowienia studni rozprężnej chociaż w międzyczasie wykonawca nie dokonał żadnych zmian w zakresie samego położenia sieci kanalizacyjnej . Niesporne jest też , pomijając przyczyny ,że przesunięcie studni SR 4 nastąpiło jeszcze przed drugą odmową odbioru. Stan fizyczny zrealizowanej budowy pomiędzy drugą odmową , a jej odbiorem w dniu 8.08.2011 r. nie uległ żadnej zmianie.

*Co do zarzutu błędnego ustalenia ,że wykonanie umowy o roboty dodatkowe miało znaczenie dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie - na ostatniej rozprawie przed Sądem Okręgowym pozwany zwrócił uwagę na to ,że powódka uzyskała pozwolenie na użytkowanie dopiero po kilku miesiącach od odbioru robót z sierpnia 2011 r . Powódka temu nie zaprzeczyła. Umowa na dodatkowe roboty budowlane została zawarta w dniu 16.06.2011 r. W jej § 1 strony wskazały ,że umowa ta jest zawierana w związku z zaistnieniem konieczności wykonania robót dodatkowych nieobjętych umową podstawową , niezbędnych do jej prawidłowego wykonania , zamawiający zleca roboty określone w protokołach konieczności z dnia 15.12.2010 roku i z dnia 15.06.2011 roku. Jako podstawę prawną zawarcia powyższej umowy podano art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi ,że chodzi o roboty niezbędne do prawidłowego wykonania udzielonego już zamówienia , których wykonanie stało się konieczne na skutek okoliczności niemożliwej wcześniej do przewidzenia wskazując dalej dwie sytuacje opisane w pkt a i b. W umowie z 16.06.2011 r. opisano jako przyczynę jej zawarcia sytuację opisaną w pkt b cyt. wyżej przepisu . Innymi słowy strony zgodnie przyjęły ,że wykonanie robót dodatkowych jest niezbędne by wykonać umowę podstawową . To zaś oznacza ,że na wykonanie całości inwestycji składały się również roboty objęte umową dodatkową. Jest oczywiste ,że przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie zachodziła konieczność zakończenia całości robót. Odmienne przekonanie powódki zaprezentowane w apelacji jest pozbawione racjonalności ,pomija zapis w którym strony jednoznacznie określiły powód zawarcia przedmiotowej umowy. Prawo budowlane stanowi ,że przez obiekt budowlany rozumie się m.in. obiekt liniowy (art. 1,art. 3 pkt 3 a). Niewątpliwie o budowli mówimy jako o całości techniczno-użytkowej wraz z instalacjami i urządzeniami , będącej częścią składową obiektu budowlanego. W art. 3 pkt 9 ustawy zawarta jest definicja urządzenia budowlanego .I tak przez urządzenie budowlane należy rozumieć urządzenia techniczne związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a także przejazdy, ogrodzenia, place postojowe i place pod śmietniki. Tak więc przez urządzenie budowlane rozumie się również ogrodzenia zapewniające użytkowanie danego obiektu budowlanego (por. wyrok NSA z 4.09.2002r.,IV SA 1712/00, Lex Polonica nr 35778). Sąd już tylko roboty dodatkowe dotyczące m.in. wykonania ogrodzeń należało potraktować jako powiązane funkcjonalnie z wybudowaną siecią , a jako takie powinno zostać objęte tym samym pozwoleniem na użytkowanie. *Co do położenia sieci przez pozwanego przed zgłoszeniem do odbioru końcowego zgodnie z projektem w zakresie działki (...) obręb R. oraz działki (...) obręb S. : odnosząc się do tego zarzutu należy zacząć od tego ,że nie było zarzutów przy odmowie odbioru co do przebiegu sieci przez działkę nr (...). Stąd zbędne jest obecnie w ogóle odnoszenie się do tej kwestii. Z kolei sprawa posadowienia studni rozprężnej SR 4 - ta kwestia została szeroko omówiona już wyżej. Sąd pierwszej instancji również posadowieniem tej studni rozprężnej się zajmował , niezwykle dokładnie przedstawił jak posadowienie tej studni wyglądało w praktyce, czym było spowodowane jej przesunięcie, kto o tym decydował. Sąd drugiej instancji te ustalenia i ich ocenę prawną w całości akceptuje . W konsekwencji uważa ,że ustalenia te są prawidłowe. * W ocenie Sądu odwoławczego niezasadny jest zarzut apelującej powódki ,że nie wyraziła ona zgodę na zmianę technologii przewiertu. Tak jak to ustalił Sąd Okręgowy projektant już na spotkaniu w dniu 14.10.2010 r. zasugerował zastosowanie przewiertów. (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K., Rejon Dróg Wojewódzkich w P. pismem z 10.01.2011 r. poinformował wykonawcę, że w ustalonych okolicznościach faktycznych dużo bezpieczniejsze i bardziej ekonomiczne jest zastosowanie przewiertów sterowanych, z ograniczoną ilością wykopów otwartych w pasie drogowym. Wówczas pozwany zwrócił się do powódki o wyrażenie zgody na zmianę technologii wykonywania sieci tłocznej z rur PE , w tym w R. .Niesporne ,że doszło następnie do odbioru przez inspektora nadzoru inwestorskiego wykonanych przejść pod drogami, w tym do interesującego nas przejścia pod ul. (...).Oznacza to ,że powódka wyraziła zgodę na zmianę technologii i na zastosowanie przewiertu sterowanego, w którym rurociąg podstawowy wykonuje się z rur o odpowiednio wzmocnionej, przeliczonej grubości ścianki, ale bez rur osłonowych. Według biegłego sądowego

w takiej sytuacji żądanie zamontowania rur osłonowych nie ma uzasadnienia technicznego i mogłoby wręcz pogorszyć warunki eksploatacji, m.in. przez utrudnienie lokalizacji ewentualnych przecieków i ich usuwania. Zamawiający i jego służby nadzoru budowlanego wiedziały o zmianie technologii i dokonały odbioru robót w czasie realizacji inwestycji, a zakwestionowały tę technologię dopiero na etapie odbioru robót. Niesporne jest też i to, że zamawiający przy spisaniu protokołu odbioru końcowego z dnia odebrał wykonane roboty bez żadnych zmian. Niesporne jest też i to, że uzyskanie akceptacji co do zastosowanej technologii wykonania przejścia pod drogą wojewódzką ze strony zarządcy drogi, co dokładnie omówił sąd pierwszej instancji, było po prostu formalnością. Do tego przy pierwszej odmowie odbioru w ogóle nie zakwestionowano sposobu przejść pod drogami, w tym dotyczącego ul. (...).

*Jeżeli chodzi o zarzut błędnych ustaleń sądu pierwszej instancji, że dla sporządzenia dokumentacji powykonawczej konieczne było posiadanie aktualnych podkładów geodezyjnych - informując o odmowie odbioru zamawiająca nie twierdziła, że jest to spowodowane brakiem dokumentacji powykonawczej (por. k. 313 i k.318). Niesporne jest przy tym, że w protokole odbioru z dnia 8.08.2011 r. przyjęto, że wykonawca projekty techniczne powykonawcze dostarczy po zaktualizowaniu przez zamawiającą map oraz uzyskaniu nowej decyzji Zakładu Uzgadniania Dokumentacji.

*Sąd drugiej instancji, uwzględniając rozważania poczynione wyżej co do powinnośi odbioru w określonej sytuacji przedmiotu umowy o roboty budowlane zgadza się całkowicie z sądem pierwszej instancji oraz biegłym sądowym, że brak prac odtworzeniowych jest wadą nieistotną. Nadto z opinii biegłego, niezakwestionowanej w tym zakresie przez powódkę wynika, że oczekiwała ona od pozwanego wykonawcy w istocie wykonania w większym zakresie tego typu prac niż to wynikało z umowy. Oczywiście jest przy tym, uwzględniając poczynione wyżej ustalenia, że data realizacji powyższych prac nie miała ostatecznie wpływu na datę uzyskania pozwolenia na użytkowanie wykonanej instalacji. Jak to już wyżej zaznaczono nastąpiło to dopiero po kilku miesiącach od daty sierpniowego odbioru.

*Co do obowiązku przełączenia szamb - sąd pierwszej instancji ustalenia w tym zakresie czynił niezwykle wnikliwie, dokładnie przedstawił jak rozwiązanie tej kwestii zmieniało się w czasie. Opierając się na opinii biegłego sądowego doszedł ostatecznie do słusznego wniosku, że czynność przełączenia szamb nie mieściła w się w umownym zakresie prac. Niekwestionowane w każdym razie było to, iż nie było rozwiązań projektowych w tym zakresie, do tego inwestor podjął decyzję co do realizacji tych takich prac bardzo późno, bo dopiero na kilka dni przed upływem czerwowego terminu dla wykonania robót z umowy podstawowej. Zlecenie wykonania przełączenia szamb zostało wydane mianowicie przez inspektora nadzoru dopiero w dniu 16.06.2011 r., przy braku dokumentacji technicznej (projektowej) i pozwolenia (zgłoszenia) na budowę przyłączy. Powódka jeszcze w maju 2011 r. zakazywała pozwanemu wykonywania przyłączy wyjaśniając, że nie posiada na to środków finansowych. Biegły sądowy Z. S. jednoznacznie stwierdził, po przeanalizowaniu dokumentacji projektowej, że przyłącza nie były przedmiotem projektów budowlanych, a wymagań w zakresie wykonania przyłączy i przełączeń nie ma też w SIWZ. W konsekwencji jedynym dokumentem opisującym prace na przełączeniach szamb jest kosztorys inwestorski podający jaki zakres prac trzeba skalkulować. Biegły uznał, że i tak wykonawca nie miał możliwości prawidłowego wykonania prac w zakresie przełączeń, gdyż inwestor nie przekazał odpowiednich dokumentów to umożliwiających. Ustalił też sąd pierwszej instancji, że nie było wręcz fizycznie możliwe w dniach od 16 do 22 czerwca 2011 roku wykonanie takiej ilości przełączeń. Odpowiadała za to niewątpliwie zamawiająca, raz dlatego, że nie dostarczyła projektu, dwa, że tak późno ostatecznie podjęła decyzję o wykonaniu rzecznych przełączeń. Brak przełączeń wszystkich szamb na dzień pierwszej odmowy odbioru robót nie mógł w żadnym tego uzasadniać. W konsekwencji sąd odwoławczy nie zgadza się z apelującą powódką w żadnym zakresie co do zarzutu poczynienia przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych tworzących podstawę faktyczną wydanego wyroku.

* Co do zarzutu z punktu pierwszej apelacji, tj. naruszenia art.647 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, a to skutek utożsamiania wady lub usterki przedmiotu umowy z niewykonaniem całego zakresu prac wynikających z umowy - wobec sposobu sformułowania przez powódkę zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Apelacyjny zauważa, że w razie zarzucenia naruszenia prawa materialnego w grę mogą wejść błędy przy wyborze normy prawnej która powinna być zastosowana w sprawie, błędy w zastosowaniu danej normy prawnej do ustalonego przez sąd pierwszej instancji stanu faktycznego oraz błędy w wykładni normy prawnej. Błędna wykładnia polega na mylnym zrozumieniu treści zastosowanego przepisu. Naruszenie prawa materialnego polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu oznacza, że sąd po wyjaśnieniu treści i znaczenia wybranego przepisu prawnego dokonuje subsumcji, tj. podciągnięcia ustalonego stanu faktycznego pod ten przepis i określenia skutków prawnych z tego przepisu

wynikających w konkretnym wypadku. Przenosząc to do sprawy należy stwierdzić, że przepis art. 647 k.c. miał oczywiście zastosowanie do sprawy. Z treści zarzutu powódki wynika, iż zarzucała naruszenie cyt. przepisu przez nierozróżnianie niewykonania umowy w części z wykonaniem umowy z wadami czy usterkami. Sąd Okręgowy w ustalonym stanie faktycznym zasadnie przyjął, że umowę wykonano w całości aczkolwiek była ona dotknięta pewnymi usterkami. Co do przełączeń poszczególnych nieruchomości do sieci wykonawca nie mógł wykonać ich w terminie czerwcowym wyłącznie z przyczyn leżących po stronie inwestora. Oznacza to, że nie może to, przy braku zawinienia, obciążać w żadnym razie wykonawcy. W wyniku zastrzeżenia kary umownej zmieniają się reguły dowodzenia, a wierzyciel - tu powódka - musi udowodnić tylko fakt nienależytego wykonania umowy na wypadek czego była zastrzeżona kara umowna. Nie musi udowadniać winy i powstania szkody. To dłużnik chcąc się zwolnić z obowiązku zapłaty kary musi wykazać, że kara nie była zastrzeżona lub, że zobowiązanie zostało należycie wykonane lub też, że niewykonanie zobowiązania było spowodowane okolicznościami za które on nie ponosi odpowiedzialności. W tej sprawie wykonawca, przy hipotetycznym nawet założeniu, że umowy nie wykonano w umówionym terminie czerwcowym, w ocenie Sądu odwoławczego, obalił domniemanie z art. 471 k.c., że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które ponosił odpowiedzialność (dotyczy to wykonania robót związanych z przełączeniem szamb oraz posadowienia studni SR 4). Powództwo w sprawie oraz złożona apelacja okazały się ostatecznie bezzasadne również i dlatego, że w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnione było przyjęcie wniosku o przedłużeniu terminu wykonania całego zadania inwestycyjnego do dnia 8.08.2011 roku, czyli tak jak to określono w umowie o roboty dodatkowe, co zostało szerzej uzasadnione.

Uznając apelację powódki za bezzasadną Sąd Apelacyjny miał na uwadze również poczynione wyżej rozważania co do rozumienia pojęcia wykonania umowy, odbioru robót budowlanych oraz kwestii zasadności kary umownej przy braku zawinienia wykonawcy w nienależytym wykonaniu umowy (pkt 1 i 2). Oddalając apelację powódki Sąd kierował się treścią art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd odwoławczy orzekł zgodnie z jego wynikiem, w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c., w zw. z art. 98§1 i §2 k.p.c. i art. 99 k.p.c., z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz.U.2013.490 j.t.) - § 6 i §12 ust. 1 pkt 2. Na koszty pozwanego składało się wynagrodzenie jego profesjonalnego pełnomocnika procesowego w osobie adwokata w kwocie 5 400 zł.

Maria Iwankiewicz Mirosława Gołuńska Krzysztof Górski